Das Ablösungsrecht des § 268 B. G. B.,

insbesondere in seinem Verhältnisse zur gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden.

Inauguraldissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LIBRARY KIEL

vorgelegt von

Fritz Stolzenberg aus Cassel,
Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Wetter bei Marburg a. L.

Approbiert am 12. Dezember 1901.

Cassel 1903.
Druck von Weber & Weidemeyer.

128

Das Ablösungsrecht des § 268 B. G. B.,

insbesondere in seinem Verhältnisse zur gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden.

Inauguraldissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LAND.RAT. BERL.

vorgelegt von

Fritz Stolzenberg aus Cassel,
Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Wetter bei Marburg a. L.

Approbiert am 12. Dezember 1901.

Cassel 1903.
Druck von Weber & Weidemeyer.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0029

I. Der Standpunkt des Gemeinen Rechts zur Ablösung. Entstehungsgeschichte des § 268 B. G. B.

Das frühere Recht hat ein Ablösungsrecht, wie es § 268 B. G. B. gewährt, nicht gekannt. Das Gemeine Recht kennt nur im Sachenrechte ein Institut, das eine entfernte Ähnlichkeit mit der Bestimmung des § 268 hat, nämlich das *jus offerendi et succedendi* der Pfandgläubiger. Und zwar stand das Ablösungsrecht den nachstehenden Pfandgläubigern unbestritten zu, während trotz einer dahingehenden Erklärung des Juristen Paulus (Sent. II, 13 § 8) in der Rechtswissenschaft sehr bestritten wurde, ob auch die vorgehenden Pfandgläubiger von dem genannten Rechte Gebrauch machen dürften.[1]) Zugestanden war das Ablösungsrecht auch dem Besitzer der Pfandsache, wobei allerdings die Rechtswirkungen verschieden für den gut- und bösgläubigen Besitzer waren.[2]) Freilich konnte in den beiden letzten Fällen das Ablösungsrecht nur zur Verteidigung geltend gemacht werden,[3]) d. h. wenn der Pfandgläubiger gegen den Besitzer auf Herausgabe klagte.

Die Wirkungen des Ablösungsrechts waren schon seit ältester Zeit sehr bestritten. Es sei bezüglich der aufgestellten Ansichten hier auf Regely,[4]) der die Frage erschöpfend behandelt hat, hingewiesen. Ob allgemein jeder beliebige Dritte gegen den Willen des Gläubigers und des Schuldners eine Forderung des ersteren an den letzteren tilgen konnte, darüber

[1]) Vergl. hierzu besonders Regely, a. a. O. S. 16.
[2]) Vergl. Dernburg, Pandekten I, S. 698
[3]) Vergl. Dernburg ebenda.
[4]) a. a. O. S. 41 ff.

sind im Gemeinen Recht ebenfalls die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden. Die Frage wird gewöhnlich behandelt unter dem Namen „Zahlung fremder Schulden"; sie hat in neuerer Zeit eine sorgfältige Prüfung in der gleichnamigen Abhandlung von Örtmann gefunden, auf dessen Schrift, insbesondere die §§ 11 und 24, hier verwiesen sein mag. Unbestritten ist jedenfalls, dass die getilgte Forderung mittels *cessio legis* bei der gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden auf den zahlenden Dritten nicht überging.[1])

Auf das *jus offerendi et succedendi* des Römischen Rechts[2]) ist, wie des weiteren zu zeigen ist, auch der Ursprung des § 268 B. G. B. zurückzuführen. Allerdings hat er, wie die nachfolgende Entstehungsgeschichte des Paragraphen dartun wird, einen äusserst langwierigen Entwicklungsprozess durchmachen müssen, bis die heutige Fassung zustande kam.

Um zur eigentlichen Entstehungsgeschichte des § 268 überzugehen, so sei zunächst bemerkt, dass der Entwurf eines B. G. B., der den Beratungen der ersten Kommission zu Grunde lag, weder dem Wortlaut, noch dem Sinne nach eine Bestimmung kannte, die sich mit der des jetzigen § 268 völlig deckte. Dagegen enthielt der Johow'sche Entwurf des Sachenrechts ein gewisses *jus offerendi* im § 412, der trotz aller weiteren Wandlungen als der Urgrund des § 268 anzusehen ist.

Johow wollte in dem angeführten Paragraphen ein Ablösungsrecht denjenigen gewähren, die ein Recht an einem Grundstück hatten, das infolge der Zwangsversteigerung erlöschen würde. Das Ablösungsrecht sollte sowohl gegen den dinglichen Gläubiger, als auch, was besonders hervorgehoben sein mag, gegen den persönlichen gehen. Gegen den ersteren sollte das Recht gegeben sein, sobald er „die Zahlung des eingetragenen Kapitals von dem Eigentümer beanspruchte", gegen den persönlichen Gläubiger, wenn er die Zwangsvollstreckung betrieb. Kraft *cessio legis* sollte jedoch die Forderung auf den Ablösenden nicht übergehen, sondern diesem

[1]) Vergl. auch Örtmann a. a. O. Kapitel 4.

[2]) Über die Stellung der sonstigen bisher in Deutschland herrschenden Privatrechte zum Ablösungsrecht vergl. Weissbart, § 2, S. 2—5.

nur das *beneficium cedendarum actionum* gegen den befriedigten Gläubiger zustehen, bei Verweigerung der Annahme der Zahlung durch den Gläubiger sofort nach „gerichtlicher Hinterlegung des Betrages".

Wie schon aus dieser kurzen Inhaltsangabe des § 412 (J. E.) hervorgeht, sollte das Ablösungsrecht nur bei Immobilien gegeben sein, eine ähnliche Bestimmung für bewegliche Sachen war dagegen dem Johow'schen Entwurf unbekannt.

Der sogenannte erste Entwurf, der aus den Beratungen der ersten Kommission hervorging, weicht hinsichtlich der hier interessierenden Paragraphen bedeutend von Johow's Vorlage ab, besonders da auch für Mobilien ein Ablösungsrecht geschaffen wurde. Das Ablösungsrecht bezüglich der Immobilien wurde geregelt in den §§ 1081—1082. Sie brachten eine wesentliche Änderung gegenüber Johow's § 4. Es wurde nämlich nur dem Hypothekengläubiger gegenüber das Ablösungsrecht gegeben, nicht jedoch gegenüber dem persönlichen Gläubiger, und zwar, wie die Motive S. 691 ausführen, deshalb nicht, weil ja die Zwangsversteigerung eines Grundstücks auf Antrag eines persönlichen Gläubigers „nur unter Wahrung aller vorstehenden Rechte zugelassen werden würde", und im übrigen „dem praktischen Bedürfnisse die Bestimmungen des § 227[1]) (in welchem die gewöhnliche Zahlung fremder Schulden behandelt wurde) in Verbindung mit dem § 1094 genügten". Bezüglich des massgebenden Zeitpunktes für die Ausübung des Ablösungsrechts, die auch durch Aufrechnung und Hinterlegung sollte erfolgen können (§ 1082), unterschied der Entwurf zwei Fälle. Sobald der Gläubiger „Befriedigung aus dem Grundstücke" verlangte, sollte das Ablösungsrecht haben „Jeder, gegen den der Anspruch gerichtet ist", worunter nach den Motiven (S. 692) zu verstehen war der Besitzer und der Inhaber, „überhaupt Jeder, gegen welchen der Anspruch aus der Hypothek gerichtet ist". Für diejenigen aber, die durch die Zwangsversteigerung ein Recht an dem Grundstück verlieren würden, sollte das Lösungsrecht erst gegeben sein, „wenn die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben wird".

[1]) Der Paragraph entspricht dem heutigen § 267.

Besonders geregelt war im Absatz 3 von § 1081 noch der Fall, dass die Zwangsversteigerung nur wegen eines Teils der Forderung betrieben würde.

Im übrigen verblieb es bezüglich der Immobilien beim Standpunkte Johow's. Die Wirkung war also für den Dritten auch nur das *beneficium cedendarum actionum*. Wohl dachte die Kommission an Übergang der Forderung kraft *cessio legis*, sie lehnte aber diesen Gedanken ab, weil dieser „nicht in das System des Entwurfs passe, da nach § 1087 die Hypothekenforderung bei Rechtsgeschäften nur durch Eintragung in das Grundbuch auf einen anderen übertragen werden könne".[1])

Ganz neu war dagegen im Entwurf I, wie schon erwähnt, die Einführung des Ablösungsrechtes für Mobilien; sie findet sich in den §§ 1062—1064. Auch hier geht das Recht nur gegen den dinglichen, also den Pfandgläubiger. Berechtigt zur Befriedigung des Gläubigers waren nur Solche, die ein Recht an der Sache durch den Verkauf verlieren würden, und zwar sobald das Pfand zwecks Befriedigung des Gläubigers zum Verkauf gebracht werden sollte. Betreffs des Übergangs der vom Dritten bezahlten Forderung war in § 1164 auf § 676 verwiesen, wo für den Bürgen die Rechtsfolgen der Zahlung für den Hauptschuldner geregelt waren. Völlig im Gegensatz zur Wirkung der Ablösung bei Immobilien ging demnach bei Mobilien kraft *cessio legis* die Forderung des Gläubigers auf den von seinem Ablösungsrecht Gebrauch machenden Dritten über,[2]) jedoch nicht zum Nachteile des Gläubigers, wie ausdrücklich betont wurde.

Einen Fortschritt gegenüber Entwurf I zeigt der Entwurf der zweiten Kommission, die in beiden Lesungen bei den hier interessierenden Paragraphen zum gleichen Ergebnis gelangte.[3]) Die bisherigen §§ 1081, 1082 sind praktisch in den § 1134 E. III (= § 1057 E. II) zusammengezogen. Die bisherige Unter-

[1]) Vergl. Motive S. 693.

[2]) Vergl. über die anderweitige Regelung gegenüber den §§ 1081 f. die Motive S. 816.

[3]) Im folgenden werden der Deutlichkeit halber die Paragraphen der ersten Lesung zweiter Kommission mit E. II, die der zweiten Lesung gleicher Kommission mit E. III bezeichnet werden.

scheidung zwischen einem solchen Berechtigten, „gegen welchen der Anspruch gerichtet ist", und „demjenigen, der ein Recht an dem Grundstück durch die Zwangsversteigerung zu verlieren Gefahr läuft", ist weggefallen. Der massgebende Zeitpunkt für die Ausübung des Ablösungsrechts ist das Verlangen des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück geworden. Auch der Übergang der Forderung auf den Befriedigenden wird im Entwurf nunmehr einheitlich geregelt. Anstelle des dem Dritten bisher zugestandenen *beneficium cedendarum actionum* wurde nämlich bestimmt, die abgelöste Forderung solle kraft Gesetzes auf den Berechtigten übergehen.[1])

Durch die zweite Kommission wurde endlich auch den durch die Zwangsversteigerung im Besitz bedrohten Dritten das Ablösungsrecht gewährt. Freilich ist diese Bestimmung erst nach lebhafter Erörterung und nicht ohne Widerspruch geschaffen worden;[2]) vergl. Protokolle S. 4434, 4435.

Dagegen fehlte im Entwurf immer noch die Bestimmung, dass auch gegenüber dem die Zwangsversteigerung betreibenden persönlichen Gläubiger das Ablösungsrecht zugelassen werden solle. Zwar wurde diese Frage lebhaft erörtert, ein dahingehender Beschluss auch gefasst (vergl. Protokolle S. 4436), dieser jedoch später wieder umgestossen, und eine bezügliche Bestimmung dem Zwangsversteigerungsgesetz vorbehalten.[3]) Der Entwurf enthält also noch immer nicht einen dem jetzigen § 268 entsprechenden Paragraphen. Für das Ablösungsrecht bei Mobilien brachte der neue Entwurf (E. II: §§ 1156, 1131 f., E. III: §§ 1234, 1209 f.) nur wenig Änderungen. Hervorzuheben ist allerdings, dass der massgebende Zeitpunkt für die Ausübung des Rechts geändert wurde; er sollte nunmehr schon vorliegen, „sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist".

Erst dem Bundesrat war es vorbehalten, einen Abschluss herbeizuführen. Materiell freilich hat der Bundesrat gegenüber dem Standpunkt der letzten Lesung der zweiten Kommission

[1]) S. E. II, § 1051; E. III, § 1127.

[2]) Unrichtig bei Weissbart, S. 6—7, welcher behauptet, dass das Ablösungsrecht des im Besitz Bedrohten zuerst in der Bundesratsvorlage enthalten sei.

[3]) Vergl. Protokolle S. 6064.

nicht viel geändert; jedoch verdankt der § 268 ihm seine jetzige Fassung, denn er entspricht wörtlich dem § 261 der Reichstagsvorlage. Der Bundesrat zog es nämlich vor, jene Bestimmungen, die, wie oben erwähnt, nach dem Beschlusse der zweiten Kommission dem Gesetz über die Zwangsversteigerung vorbehalten bleiben sollten, in das B. G. B. zu übernehmen, und dem Ablösungsrecht gegenüber dem die Zwangsversteigerung betreibenden persönlichen Gläubiger einen besonderen Paragraphen im Recht der Schuldverhältnisse zu widmen. Dagegen behielten die Bestimmungen über das Ablösungsrecht, die bisher hier erörtert wurden, unter entsprechender Umformung und Verweisung auf den neu geschaffenen § 261 ihre Stellung im Sachenrechte. Es sind in der Reichstagsvorlage die §§ 1133 (für Immobilien) und 1232 (bei Pfandrecht an beweglichen Sachen). Jedoch steht das Ablösungsrecht ausser dinglich Berechtigten nur im § 1133 auch den im Besitz Bedrohten zu, während im § 1232 einzig und allein an der Sache dinglich Berechtigte das Ablösungsrecht haben. In der Fassung der Reichstagsvorlage sind die §§ 261, 1133 und 1232 Gesetz geworden; sie entsprechen den jetzigen §§ 268, 1150 und 1249. Durch den Bundesrat wurde übrigens der neu geschaffene § 261 (R. T. V.) hinter denjenigen Paragraphen eingeschoben, der unter Beseitigung der Streitfragen des Gemeinen Rechts die gewöhnliche Zahlung fremder Schulden behandelt, und der, vom ersten Entwurf ab materiell unverändert, nur in etwas anderer Fassung als § 267 Gesetz geworden ist.

Wie sich im einzelnen das Ablösungsrecht des § 268 gestaltet, welches seine Voraussetzungen und Wirkungen sind, soll im folgenden erörtert werden, wobei besonders den Abweichungen von der gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden Aufmerksamkeit gewidmet werden wird.

II. Voraussetzungen des Ablösungsrechts.

1. Der Begriff „Gläubiger", insbesondere die Beschaffenheit seiner Forderung.

Schon die Entstehungsgeschichte des § 268 liess erkennen, dass die Anwendung des sich aus ihm ergebenden Rechts von mancherlei Voraussetzungen abhängig ist. Einen Teil derselben

gibt der Anfangssatz des Paragraphen wieder: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand . . . . .“ Die einzelnen Fragen, die sich aus diesen Worten ergeben, seien im folgenden zunächst erörtert.

Was das Wort „Gläubiger“ betrifft, so ist darunter nur der Gläubiger zu verstehen, der auf Grund einer obligationsrechtlichen Forderung klagte, also z. B. nicht den Hypothekengläubiger.[1] Man könnte die Wahrheit dieser Behauptung vielleicht schon aus der Stellung des § 268 im Recht der Schuldverhältnisse folgern, sie ergiebt sich aber unmittelbar aus der Gegenüberstellung von § 268 mit den §§ 1150 und 1249. Diese letzteren regeln nämlich das Ablösungsrecht gegenüber dem dinglich Berechtigten, und zwar unter ähnlichen Voraussetzungen, und sogar gleichen Wirkungen, wie § 268. Wollte man also § 268 auch auf den Hypotheken- und den Faustpfandgläubiger beziehen, so würde § 268 noch Fälle mitumfassen, die bereits, und zwar speziell durch die §§ 1150 und 1249 geregelt sind. Und das würde jedenfalls den Absichten des Gesetzgebers völlig widersprechen. Eine Ergänzung der §§ 1150 und 1249 durch § 268 ist auch kein Bedürfnis, denn soweit § 1150 in Betracht kommt, so legt er den massgebenden Zeitpunkt für den Ablösungsberechtigten sogar günstiger, als § 268, und lässt im übrigen diesen vollständig Anwendung finden. Etwas anders freilich gestaltet sich das Recht aus § 1249. Zwar ist in diesem Paragraphen der Zeitpunkt für die Geltendmachung des Ablösungsrechts noch günstiger, als im § 1150, dafür versagt er aber dem etwaigen dritten Besitzer das Ablösungsrecht. Diese Besonderheit erklärt sich jedoch daraus, dass das Pfandrecht an beweglichen Sachen den Besitz des Pfandgläubigers voraussetzt (§ 1205 B. G. B.). Den Fall also, dass der Pfandgegenstand in den Händen eines Dritten ist, der nicht zugleich Pfandgläubiger ist, wird selten sein. Ein Bedürfnis, den Paragraphen durch § 268 zu ergänzen, liegt also auch hier nicht vor.

Es erübrigt noch, den Begriff des Gläubigers in § 268 durch einen Blick auf die Forderung, wegen deren er die Zwangsvollstreckung betreibt, zu ergänzen.

[1] Vergl. Örtmann (B. G. B.) Anm. 1 zu § 268, Schollmeyer (B. G. B.) S. 75; ebenso Weissbart § 3.

Es fragt sich, ob in allen Fällen, die hier in Betracht kommen können, durch Dritte unter Geltendmachung ihres Rechts der Gläubiger befriedigt werden kann. Und diese Frage ist zu verneinen. Zwar wird die Abrede zwischen Gläubiger und Schuldner, dass der Gläubiger von einem Dritten die Leistung nicht annehmen darf, eine Abrede, die in § 267 die Befriedigung durch Dritte verhindert,[1]), für den Fall des § 268 bedeutungslos sein. Denn einerseits ist wohl anzunehmen, dass durch diesen Vertrag der Schuldner sich nur Nachteile gegenüber dem bisherigen Gläubiger ersparen will, die ihm, solange er selbst ohne Zwangsvollstreckung den Gläubiger befriedigen kann, durch die Befriedigung des Gläubigers vonseiten Dritter erwachsen könnten. Und diese Bedenken fallen ja von selber weg, sobald der Gläubiger sich durch Zwangsvollstreckung zu befriedigen droht. Andererseits gewährt aber § 268 ausdrücklich dem in seinem Rechte oder Besitze durch die Zwangsvollstreckung bedrohten Dritten das Recht zur Ablösung,[2]) und dagegen muss selbst eine entgegenstehende Abrede zwischen Gläubiger und Schuldner, sofern sie auch jetzt geltend gemacht werden sollte, zurücktreten. Denn § 268 will hauptsächlich bedrohte Rechte schützen, § 267 aber den Schuldner günstiger stellen.[3])

Aber es ist hier vor allem an andere Fälle zu denken. Die Forderung kann nämlich nicht nur in einer solchen auf Zahlung einer Geldsumme bestehen, sondern auch auf die Leistung von anderen Fungibilien oder bestimmter nicht vertretbaren Sachen gehen, ihr Gegenstand kann schliesslich auch ein Tun oder Unterlassen des Schuldners sein.

Zum letzten sei folgendes bemerkt. Wenn auch in § 267 bisweilen ein Dritter für den Schuldner eine Handlung wird ausführen können, sofern nicht der Vertrag entgegensteht, oder ein solches Tun in Betracht kommt, das nur vom Schuldner verrichtet werden kann[4]) — dies wird *in dubio* in den §§ 613

[1]) S. auch Örtmann Anm. 1 zu § 267.

[2]) S. auch Örtmann Anm. 4a zu § 268, Schollmeyer Anm. 1 zu § 268.

[3]) Vergl. auch Weissbart a. a. O. S. 9, 2. Absatz.

[4]) § 267: „. . . . nicht in Person zu leisten . . . .“.

(Dienstvertrag), 664 (Auftrag), 691 (Verwahrungsvertrag), 713 (Gesellschaft) angenommen — so dürfte es doch keinem Zweifel unterliegen, dass dieser Fall für das Ablösungsrecht des § 268 überhaupt nicht in Betracht kommen kann. Denn durch eine Zwangsvollstreckung zur Erzwingung einer Handlung kann für einen Dritten kein Recht oder der Besitz verloren gehen.[1] Dasselbe muss für § 268 bei der Zwangsvollstreckung zur Erzwingung einer Unterlassung gelten. die auch nach § 267 einem Dritten keine Möglichkeit geben wird, für den Schuldner einzutreten, da ein Unterlassen selbstverständlich nur auf einem Willensentschluss des Schuldners beruht.

Zweifelhafter liegt der Fall, wenn der Gläubiger eine Forderung auf Leistung einer bestimmten Quantität anderer Fungibilien als Geld, oder einer nicht vertretbaren Sache hat und zur Herausgabe dieser Sachen die Zwangsvollstreckung betreibt. Die Entscheidung der Frage, ob hierbei nach § 268 ein Ablösungsrecht gegeben werden kann, ist abhängig davon, ob ein Rechts- oder Besitzverlust für Dritte durch diese Zwangsvollstreckung eintritt. Die Frage ist zu verneinen. Dagegen wird in § 267 diese Befriedigung durch Dritte, soweit es sich um vertretbare Sachen handelt, stets möglich sein.

Soweit Fungibilien in Betracht kommen, könnten, da vertretbar nur bewegliche Sachen sind (§ 91 B. G. B.), im Rechte Bedrohte nur Niessbraucher und Pfandgläubiger sein. Eigentumsrechte eines Dritten kommen um deswillen nicht in Frage, weil, wie später des näheren auszuführen ist, der Gegenstand, in den zwangsvollstreckt wird, ja dem Schuldner „gehören“ muss.

Diese Berechtigten könnten durch die Herausgabe der Sache an den Gläubiger, und soweit ist den Ausführungen Weissbarts[2] zuzustimmen, im allgemeinen ihre Rechte nicht verlieren, auch der Pfandgläubiger nicht, der das in seinem Besitze befindliche Pfand herausgibt. Denn § 1253 B. G. B. könnte hier nicht herangezogen werden, weil ja der

[1] S. a. Schollmeyer. Anm. 2a zu § 268.

[2] A. a. O. S. 10.

Pfandgläubiger nicht an den Verpfänder, der in diesem Fall mit dem Eigentümer zusammenfällt,[1]) die Sache herausgeben würde, sondern an einen obligatorisch berechtigten Dritten. Als zweiter Gesichtspunkt kommt noch in Betracht, dass die Befriedigung des zwangsvollstreckenden Gläubigers doch gerade in der Herausgabe der Sache besteht, und durch diese Herausgabe der Ablösungsberechtigte noch eher in die Gefahr des Rechtsverlustes geraten würde.[2]) Denn wie schon oben gesagt, ist es nur im allgemeinen richtig, dass durch die Herausgabe einer Sache die dinglichen Rechte, die auf ihr ruhen, nicht verletzt werden. Es spielt nämlich hier ein Gesichtspunkt hinein, der für den Bestand von Rechten an einem Gegenstand im B. G. B. eine grosse Rolle spielt, nämlich der Erwerb einer Sache im guten Glauben durch einen Dritten. In dieser Hinsicht ist § 936 massgebend. Würde also der Gläubiger, der einen Gegenstand vom Schuldner gekauft, aber nicht übereignet erhalten hat, den Herausgabeanspruch gegen den Schuldner betreiben und die Sache von diesem erhalten, ohne eine Ahnung von dem Bestehen von Rechten an diesem Gegenstand zu haben, so hätte mit der Übergabe der Sache an den Gläubiger dieser das Eigentum erworben, und die sämtlichen an ihr bestehenden Rechte wären erloschen. Trotzdem kann diese Gefahr des Untergangs von Rechten an einer Sache infolge des guten Glaubens des Erwerbers ein Ablösungsrecht für den bedrohten Berechtigten nicht begründen, und zwar aus Gründen, die des weiteren unten noch zu erörtern sind.

Auch dem Besitzer einer Sache, auf welche sich der Herausgabeanspruch richtet, kann ein Befriedigungsrecht nicht zugestanden werden. Es ist klar, dass bei der Zwangsvollstreckung zur Herausgabe der Sache nur der mittelbare Besitz eines Dritten in Betracht kommen kann, da diese ja nur gegen den Schuldner, in dessen Gewahrsam sich die Sache befindet, betrieben werden kann.[3]) Denn falls der Schuldner nicht unmittelbarer Besitzer ist, kann der zwangsvollstreckende Gläubiger sich nur den Herausgabeanspruch gegen den Dritten,

[1]) *Argumentum:* „eine dem Schuldner gehörige Sache“ (§ 268).
[2]) S. zu dieser Frage auch Schollmeyer Anm. 2a zu § 268.
[3]) S. §§ 883, 886 C. P. O.

der den Gewahrsam der Sache hat, überweisen lassen (§ 886 C. P. O.), und ein Ablösungsrecht kommt dann überhaupt nicht mehr in Frage. Gegen diesen Verlust des mittelbaren Besitzes kann sich jedoch der Dritte durch die Widerspruchsklage des § 771 C. P. O. schützen. Würde der Drittbesitzer aber, falls der Gläubiger die Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung auf Herausgabe gegen den Schuldner, der mittelbarer Besitzer ist, betreibt, freiwillig die Sache an den Gläubiger herausgeben, so würde gerade das erzielt werden, was durch die Gewährung des Ablösungsrechtes vereitelt werden soll, nämlich den Besitzverlust.[1])

Diese Konsequenzen sind in gleicher Weise für vertretbare wie für nicht vertretbare Sachen zu ziehen.

Die im vorhergehenden des längeren erörterten Fälle müssen also völlig für das Ablösungsrecht des § 268 ausscheiden. Dieses kann demnach überhaupt nur zugestanden werden, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung betreibt, die auf Geld geht. Und gerade bei diesen dürfte es wohl selten darauf ankommen, ob der persönliche Schuldner in Person leistet, oder der Gläubiger seine Befriedigung von einem Dritten erhält.

Eine gewisse Einschränkung muss jedoch für den Fall gelten, dass eine Geldstrafe vermittelst Zwangsvollstreckung eingetrieben wird. Die Frage, ob hierbei durch Dritte eine Befriedigung erfolgen kann, ist in der strafrechtlichen Literatur ausführlich behandelt. Hier kann jedoch nur die zivilrechtliche Seite betrachtet werden; die etwaigen strafrechtlichen Folgen der Befriedigung durch Dritte im vorliegenden Fall zu erörtern, fällt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit.

Es stehen sich in der aufgeworfenen Frage zwei Ansichten gegenüber. Die ältere Doktrin[2]) vertrat den Standpunkt, dass für den Verurteilten ohne weiteres ein Dritter den Betrag an das Gericht zahlen könne.[3]) Dieser Ansicht trat die überwiegende Mehrheit der Stimmen in der Literatur entgegen,

[1]) S. hierzu auch Schollmeyer, Anm. 2a zu § 268.

[2]) Über die Vertreter dieser Ansicht vergl. Örtmann, Zahlung fr. Sch., S. 392, Raff, S. 6, Anm. 3, auch Kronecker, S. 11 ff.

[3]) Vergl. insbesondere hierzu Raff's Ausführungen auf S. 7–8.

so Kronecker,[1]) Lehmann,[2]) Rubo,[3]) Binding,[4]) Olshausen,[5]) Meyer,[6]) Berner[7]) und Oppenhoff.[8]) Dieser Ansicht tritt auch Örtmann[9]) bei. Auch Stammler[10]) schliesst sich ihr für § 268 B. G. B. an.

Und die herrschende Ansicht dürfte auch die richtige sein; denn die Geldstrafe ist ebenso Strafe, wie jede andere, etwa die Freiheitsstrafe; „sie ist ein Übel, welches der Verbrecher erleidet“,[11]) und diesen Gesichtspunkt übersieht die ältere Doktrin vollständig. Während die Freiheitsstrafe immaterielle Güter trifft, will die Geldstrafe den Schuldigen in seinem Vermögen treffen oder, wie Kronecker[12]) sagt, „die Geldstrafe ist nicht gegen das Vermögen des Verurteilten gerichtet, sondern gegen seine Person, sofern sie Subjekt von Vermögensrechten ist.“[13])

Daher muss zivilrechtlich die geschuldete Geldstrafe als eine solche Schuld angesehen werden, die (§ 267 B. G. B.) vom Schuldner in Person zu leisten ist; sie ist höchstpersönlich.[14])

Trotzdem aber kann die Leistung durch einen Dritten für den Schuldner auch bei einer Geldstrafe nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Denn die Hauptsache bleibt doch stets, dass der Strafzweck, den der Staat mit Verhängung der Geldstrafe über den Verurteilten erreichen will, auch wirklich eintritt, nämlich dass das Vermögen des Verbrechers um den betreffenden Betrag verringert wird. Denn selbst wenn ein Mandatar aus seinem eigenen Vermögen die Strafsumme an das Gericht zahlt, wird doch in Wirklichkeit das Vermögen

[1]) Seite 11 ff.
[2]) Seite 784 ff.
[3]) Seite 337.
[4]) Seite 284, Anm. 2.
[5]) Anm. 1 zu § 228.
[6]) Seite 373, 4a.
[7]) Seite 229.
[8]) In der Auflage von 1896, Anm. 15 zu § 28.
[9]) Zahlung fremder Schulden § 8.
[10]) Anm. 2 zu § 268.
[11]) v. Liczt, S. 250.
[12]) A. a. O. S. 11.
[13]) Ebenso Örtmann, S. 394, Raff, S. 8 ff.
[14]) Ebenso Örtmann, S. 394, Lehmann, S. 785. Raff, S. 12.

des Schuldners getroffen; er bleibt ja dem Mandatar auf die Summe verhaftet.[1] Der Fall ist genau der gleiche, wie der von Rubo[2] als zulässig angeführte, „wenn der Verurteilte die Zahlung der Geldstrafe durch Hingabe eines aufgenommenen Darlehns oder dadurch bewirkt, dass er eine behufs Zahlung der Geldstrafe ihm zugewandte Summe auch wirklich für dieselbe verwendet."

Man wird auch mit Örtmann[3] etwas weiter gehen können und die Leistung durch einen *negotiorum gestor* als gültig ansehen dürfen, da dieser in der Absicht zahlt, von dem Verurteilten sich Ersatz zu verschaffen, und nicht den Strafanspruch des Staates etwa vereiteln will. Zuzustimmen ist Örtmann auch, wenn er sagt, dass „der Fiskus in solchen Fällen die Zahlung des Dritten nicht anzunehmen brauche, solange ihm nicht nachgewiesen wird, dass der Dritte nur als Vertreter handelt, und die Strafe dem Endzweck nach den Verurteilten treffen wird": denn einen derartigen Beweis wird mit Fug und Recht der Fiskus verlangen können, um eine Vereitelung des Strafzwecks zu verhindern.

Gerade in § 268 liegt es nahe, den Ablösungsberechtigten zur Zahlung der Geldstrafe zuzulassen. Denn hier, wo der Dritte durch die Zwangsvollstreckung ohne das Ablösungsrecht vielleicht schwer geschädigt wird, da Rechte von ihm bezw. sein Besitz bedroht ist, wird man schwerlich daran denken können, dass der Dritte etwa zahlen will, um den Verurteilten der Strafe zu entziehen. Da aber, wie noch des weiteren unten zu zeigen ist, Fälle vorkommen können, wo der Dritte zahlt, ohne dass der Übergang der Forderung kraft Gesetzes stattfindet, so muss, was oben gesagt wurde, auch hier gelten. Weist also der Dritte bei der Leistung nicht nach, dass er Regress gegen den Schuldner nehmen kann und will, so wird seine Zahlung zurückgewiesen werden müssen. Dagegen wird man ihn zulassen müssen, wenn er den Nachweis der Regressabsicht erbringt.[4]

[1] Ebenso Örtmann, S. 395.

[2] S. 337.

[3] Seite 395.

[4] Die aufgestellte Ansicht mag auf den ersten Blick bedenklich erscheinen in Hinsicht darauf, dass nach § 268 die abgelöste Forderung

Dasselbe muss auch für die Zahlung einer Geldstrafe durch Dritte nach § 267 gelten. Allerdings bleibt hier noch zu beachten, dass eine Notlage, wie in § 268, für den Dritten nicht vorliegt, dass er vielmehr völlig freiwillig zahlt. Trotzdem wird man ihm gestatten dürfen, die Zahlung der Strafe vorzunehmen, wenn er dieselben Bedingungen wie oben erfüllt, er also nachweist, dass er sich vom Schuldner Ersatz verschaffen will.[1])

2. Was ist Zwangsvollstreckung? Fällt darunter im Falle des § 268 auch der Arrest?

Steht, wie oben erörtert, dem Gläubiger eine Geldforderung gegen jemanden zu, so berührt dieses Rechtsverhältnis an und für sich dritte Unbeteiligte nicht. § 268 greift vielmehr erst ein, wenn der Gläubiger zur Befriedigung wegen seiner Forderung die „Zwangsvollstreckung betreibt". Bevor auf die Bedeutung des Wortes „betreiben" eingegangen wird, ist es erforderlich, zu prüfen, was unter Zwangsvollstreckung zu verstehen ist.

Diese ist aufzufassen als das gerichtliche Verfahren zur Befriedigung des Gläubigers durch gerichtliche Verfügung über das Vermögen des Schuldners, oder, wie Planck[2]) sagt: „Die Zwangsvollstreckung des Civilprozesses ist die Anwendung des staatlichen Zwanges, um dem Sieger das ihm im Urteil Zuerkannte tatsächlich zu verschaffen." Behandelt wird die Zwangsvollstreckung sowohl in der C. P. O. (8. Buch), als auch in dem Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, und zwar im letzteren nur diejenige in das unbewegliche Vermögen, während die C. P. O. die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen und teilweise auch die in Immobilien regelt.

kraft Gesetzes auf den Befriedigenden übergeht, der Strafanspruch des Staates aber sicherlich nicht auf den zahlenden Dritten übergehen kann. Wie jedoch weiter unten zu zeigen ist, findet nicht in allen Fällen der Ablösung nach § 268 der gesetzliche Übergang der Forderung statt, so sicherlich auch hier nicht.

[1]) Von Örtmann (Zahlung fr. Sch. S. 395) speziell für die Zahlung Dritter nach G. R. ausgeführt: Entsprechendes kann aber auch für das B. G. B. gelten.

[2]) Lehrbuch des Civilprozessrechts S. 604.

Die Zwangsvollstreckung findet nach § 704 C. P. O. aus rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteilen, nach § 794 C. P. O. ferner aus sonstigen vollstreckbaren Titeln statt. Von den Bestimmungen der C. P. O. über die Zwangsvollstreckung kommen hier natürlich nur diejenigen in Betracht, die der Befriedigung eines Gläubigers wegen einer Geldforderung dienen. Ausgeschlossen sind demnach hier die Anordnungen des 3. Abschnitts des 8. Buchs C. P. O., worin die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen geregelt ist, da ja diese Art der Zwangsvollstreckung für den § 268 B. G. B., wie oben ausgeführt, nicht in Frage kommt. Wegen Geldforderungen erfolgt nun nach der C. P. O. die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung, und zwar nicht nur in körperliche Sachen, sondern auch in Forderungen — Geldforderungen sowohl, als auch Forderungen auf Herausgabe von Sachen — sowie sonstige Vermögensrechte.

Die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen finden sich, wie schon erwähnt, neben der C. P. O. im Zwangsversteigerungsgesetz. Nach § 866 C. P. O. erfolgt die Zwangsvollstreckung in Grundstücke durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung, und zwar jede dieser drei Massregeln allein oder mehrere zusammen nach Wahl des Gläubigers. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in Grundstücke sind in dem besonderen schon mehrfach genannten Gesetz vom 24. März 1897 ausschliesslich behandelt.

Die C. P. O. führt in dem 8. Buch, der den allgemeinen Titel „Zwangsvollstreckung“ trägt, in dessen 5. Abschnitt auch den Arrest auf.[1]) Es fragt sich, ob das Ablösungsrecht auch dann gegeben werden kann, wenn der Gläubiger wegen seiner Geldforderung Arrest über Vermögensstücke des Schuldners verhängen lässt.

[1]) Einstweilige Verfügungen können für § 268 überhaupt nicht in Betracht kommen, da es sich dabei nicht um eine Sicherung wegen einer Forderung, sondern um einen festbestimmten „Streitgegenstand“ handelt (§ 935 C. P. O.).

Gegen diese Annahme spricht zunächst der Wortlaut des § 268 insofern, als das B. G. B. im übrigen einen strengen Unterschied zwischen Zwangsvollstreckung und Arrest macht, indem es beide stets nebeneinander erwähnt. Zweifellos ist sogar in § 209 B. G. B. durch Nichterwähnung der Arrest ausgeschlossen: die Verjährung wird also nicht unterbrochen durch Verhängung des Arrestes. Hier erklärt sich aber die Ausnahme daraus, dass die Voraussetzungen, nicht die Wirkungen der im § 209 der Klageerhebung gleichgestellten Massregeln den Grund für die Gewährung der Rechtsfolgen des § 209 bilden. Denn in seinen Voraussetzungen kann die Gewährung des nachgesuchten Arrestes nicht mit denen der Zwangsvollstreckung gleichgestellt werden. Während nämlich diese ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Endurteil verlangt (§ 704 C. P. O.) oder wenigstens solche vollstreckbaren Titel, die einem Endurteil ungefähr gleichgeachtet werden können (§ 794 C. P. O.), ist die Arrestanordnung von der Glaubhaftmachung des Anspruchs neben der des Arrestgrundes (§ 920 C. P. O.), die doch nicht so völlige Sicherheit für die Gerechtigkeit der anzuordnenden Massregel abgibt, abhängig. Obendrein kann nach § 921 C. P. O. der Arrest auch verhängt werden, ohne dass Anspruch oder Arrestgrund glaubhaft gemacht wird, sofern durch den Antragsteller Sicherheitsleistung für etwaige Nachteile des Schuldners erfolgt. Diese Gründe fallen für § 268 B. G. B. fort. Für die Verleihung des in diesem Paragraphen gewährten Rechtes waren hauptsächlich die Folgen einer gerichtlichen Verfügung über das Vermögen des Schuldners massgebend; und da die Wirkungen des Arrestes sich denen der eigentlichen Zwangsvollstreckung völlig gleichstellen lassen, wie des näheren noch auszuführen ist, so muss in § 268 der Arrest der „Zwangsvollstreckung“ gleichberechtigt an die Seite gestellt werden. Der sonstige Gegensatz im B. G. B. zwischen „Arrest“ und „Zwangsvollstreckung“ kann umsoweniger in das Gewicht fallen, als es sehr wohl denkbar ist, dass bei der Einschiebung des § 268 in die sonst fertige Vorlage durch den Bundesrat die Tragweite dieser etwas zweifelhaften Fassung übersehen wurde. Dies umsomehr, da ja § 268 aus dem jetzigen § 1150

hervorgegangen ist. In diesem kommen aber nur Immobilien in Frage, bei denen eine Arrestlegung nur durch Eintragung einer Sicherungshypothek erfolgen kann (§ 932 C. P. O.), wofür, da ja § 1150 die Zwangsvollstreckung durch einen Hypothekengläubiger voraussetzt, in diesem Paragraphen ein Bedürfnis nicht vorhanden sein würde. Dass das Fehlen eines Bedürfnisses nach Arrestverhängung im § 1150 keinen Grund für die Ablehnung des Arrestes im Falle des § 268 abgeben kann, dürfte aber nicht zweifelhaft sein.

Andererseits spricht jedoch gerade, wie schon erwähnt, die Bedeutung der Arrestverhängung für das Vermögen des Schuldners und für die auf ihm lastenden Rechte Dritter für die Annahme, dass in § 268 Arrest und Zwangsvollstreckung gleichzustellen sind. Tatsächlich ist nämlich das Arrestverfahren, wie Günther[1]) es nennt, „in seiner Wirkung antizipierte Zwangsvollstreckung".

Bis auf geringfügige Änderungen findet die Arrestverhängung nach § 928 C. P. O. entsprechend den Vorschriften über die Vollziehung der Zwangsvollstreckung statt, in bewegliches Vermögen also durch Pfändung, wie noch ausdrücklich § 930 C. P. O. bestimmt. Die Wirkung nun dieser Pfändung bleibt, was besonders hervorzuheben ist, dieselbe, wie bei der eigentlichen Zwangsvollstreckung: es entstehen demgemäss für an der Sache Berechtigte auch dieselben Gefahren, wie beim Pfändungspfandrecht. § 930 Absatz 3 enthält sogar eine besondere Vorschrift, die sich daraus erklärt, dass das Arrestpfandrecht nur zur Sicherung des Gläubigers dient. Es können nämlich nach dieser Vorschrift körperliche bewegliche Sachen bei Gefahr beträchtlicher Wertminderung oder bei Besorgung unverhältnismässiger Aufbewahrungskosten auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts versteigert werden. Die Folgen würden natürlich dieselben sein, wie beim gerichtlichen Verkauf eines Pfändungspfandes. Diese Bestimmung zeigt umsomehr, welche Gefahren durch die Arrestverhängung über Vermögen des Schuldners für dritte Berechtigte entstehen können, und dürfte daher ein weiteres Beweismittel dafür abgeben, dass man den

[1]) Das Zwangsversteigerungsgesetz, S. 5.

Arrest im § 268 der Zwangsvollstreckung unbedenklich gleichstellen muss.

Schon der eben erwähnte Fall des Verkaufs einer Arrestpfandsache nach § 930 Abs. 3 C. P. O. zeigt, wie wenig erkennbar für Dritte der Zeitpunkt ist, in welchem die Arrestsache zum gerichtlichen Verkaufe kommt. Eine Sache wie in § 930 Abs. 3 kann natürlich jederzeit auf Anordnung des Gerichts versteigert werden; eine sonstige Arrestpfandsache dagegen erst, wenn die Erwägungen, die zur Verhängung des Arrestes führten, sich als begründet herausstellen, wenn also das Arrestpfandrecht in Pfändungspfandrecht übergegangen ist. Dies ist der Fall, wenn auf Grund des Anspruches ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel nach § 704 oder § 794 C. P. O. vorliegt. Aber auch dieser Übergang entgeht der Wahrnehmung der Berechtigten, zumal eine Benachrichtigung, wie sie bei eingetretener oder drohender Rechtsveränderung so oft im B. G. B. angeordnet ist[1]) und wie sie sich auch im Zwangsversteigerungsgesetz bei der Feststellung des Versteigerungstermines findet,[2]) hierbei nicht vorgeschrieben ist. Es bestände also, will man unter Zwangsvollstreckung im § 268 B. G. B. nicht auch den Arrest verstehen, die grosse Gefahr, dass die Rechte Dritter an der Sache untergehen, weil der Berechtigte den Arrestpfandgläubiger nicht befriedigen durfte und ihm der Übergang des Arrestpfandrechts in Pfändungspfandrecht unbekannt blieb. Und das konnte der Wille des Gesetzgebers, der doch eben nach Möglichkeit bedrohte Rechte Dritter im § 268 schützen will, nicht sein. Es bietet dies also einen neuen Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht.[3])

Freilich muss, wie schon Weissbart[4]) sehr richtig hervorhebt, in einem Punkt bei der Zulassung des Ablösungsrechts gegenüber einem Arrestpfandgläubiger eine Modifikation eintreten. Arrest kann nämlich[5]) selbst dann verhängt werden,

[1]) Vergl. §§ 409, 411. 576, 2146, 2384, 1042, 1166, 1218 u. s. w.

[2]) § 41.

[3]) Zur gleichen Ansicht, dass im § 268 Arrest und Zwangsvollstreckung gleichzustellen sind, gelangt Weissbart a. a. O. S. 11 ff.

[4]) Seite 12 f.

[5]) S. § 916, Abs. 2 C. P. O.

wenn der Anspruch des Gläubigers auch nur ein betagter oder ein bedingter ist. Da man es im Fall des § 268 B. G. B. nur mit einer Zwangsvollstreckung bezw. Arrestlegung wegen einer Geldforderung zu tun hat, so kann es natürlich dem Gläubiger gleichgültig sein, ob die Arrestpfandsache zu seiner Sicherung sich im Gewahrsam des Gerichtsvollziehers befindet, oder ob die Summe, die die Forderung des Gläubigers umfasst, für ihn durch den Ablösenden hinterlegt ist. Man wird daher dem ablösenden Dritten, wenn der Gläubiger vor Eintritt der Bedingung oder des Termins die Annahme der Lösungssumme verweigert, das Recht aus § 923 C. P. O. zusprechen, ihm also Hinterlegung gestatten müssen. Sollte die Aufhebung des Arrestes selbst dann noch nicht erfolgen, so wird der hinterlegende Dritte Widerspruch nach Massgabe des § 771 C. P. O. erheben können.

3. Der Begriff „betreiben".

Als den Zeitpunkt, von welchem ab das Ablösungsrecht gegeben ist, nennt § 268 den Moment, in welchem der Gläubiger die Zwangsvollstreckung „betreibt". Diese Bezeichnung könnte den Anschein erwecken, als ob es für das Ablösungsrecht genügt, dass der Gläubiger Anstalten trifft, um die Zwangsvollstreckung zu seiner Befriedigung in die Wege zu leiten. Damit würde das Ablösungsrecht schon gegeben sein mit dem Antrag beim Vollstreckungsgericht oder mit dem Auftrag an den Gerichtsvollzieher. Es wäre aber auch eine andere Auffassung möglich, die in der Frage gipfelt: Ist ein gerichtlicher Akt notwendig? Mit anderen Worten: Muss vonseiten der Vollstreckungsorgane die Zwangsvollstreckung eingeleitet sein?

Die erste Ansicht ist nicht zu billigen, sie wird auch in der Literatur zum § 268 nirgends vertreten. Dagegen findet sich in der Literatur über den ersten Entwurf des B. G. B. zu § 1081, der als Vorläufer des vorliegenden Paragraphen[1] zu betrachten ist, und in welchem den am Grundstück dinglich Berechtigten das Ablösungsrecht zugestanden wurde, „wenn die Zwangsvollstreckung betrieben wird", eine Stimme, welche

[1] Vergl. den geschichtlichen Überblick.

als massgebenden Zeitpunkt — wenigstens für Immobilien — den Antrag des Gläubigers beim Gericht ansieht. Diese Ansicht stellt Regely[1]) auf: „Der Oblat muss die Zwangsversteigerung des dem Offerenten gleichfalls verhafteten Grundstücks betreiben. Er muss also zum mindesten den Antrag auf Einleitung des Versteigerungverfahrens gestellt haben."

Für die Ablehnung dieser Ansicht sind folgende Gründe massgebend.

Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass der Auftrag an den Gerichtsvollzieher zur Pfändung beweglicher Sachen oder der Antrag bei Gericht auf Einleitung der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen keinen für Dritte erkennbaren Zeitpunkt abgeben kann. Denn was oben beim Arrest in dieser Hinsicht gesagt wurde, muss auch hier gelten. Solange nur ein Antrag oder ein Auftrag vorliegt, ist der Schuldner noch keineswegs in der Verfügung über sein Vermögen eingeschränkt; er kann veräussern und belasten, wie er will. Ausserdem ist aber der Gegenstand der Zwangsvollstreckung, wenigstens bei Mobilien, noch unbestimmt, solange nur der Auftrag an den Gerichtsvollzieher vorliegt. Denn wegen einer Geldforderung ist der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung nicht auf bestimmte Gegenstände beschränkt, sondern er kann pfänden, was er will, nur dass er die Pfändung nicht über Gebühr ausdehnen darf.[2]) Etwas anderes freilich ist es mit der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Hier ist allerdings der Gegenstand schon genau bestimmt mit dem Antrag.[3]) Aber ist es so sicher, dass die Zwangsversteigerung erfolgen wird? Die Entscheidung darüber ruht doch bei dem Vollstreckungsgericht! Ausserdem muss man doch, wenn schon in § 268 einheitlich von „Betreiben der Zwangsvollstreckung" gesprochen wird, den Zeitpunkt auch einheitlich regeln.

Es spielt aber noch ein anderer Gesichtspunkt hinein, der noch der späteren Ausführung bedarf, nämlich der Begriff der

[1]) Das *jus offerendi* u. s. w. S. 127, 128.
[2]) S. § 803 C. P. O.
[3]) S. § 16 des Zwangsversteigerungsgesetzes.

Gefahr für den Ablösungsberechtigten. Solange der Gläubiger noch kein Recht an dem Gegenstande erworben hat, auf Grund dessen die Veräusserung desselben stattfinden kann, solange ist auch noch keine Gefahr des Rechts- oder Besitzverlustes für Dritte vorhanden.

Weniger bedeutungsvoll ist der Grund, den Weissbart[1] noch anführt. Er sagt nämlich, der Hauptzweck des Ablösungsrechts sei der gesetzliche Eintritt in die Stellung des Gläubigers zum Zwecke „der Hintanhaltung weiterer Gefährdung für den Berechtigten"; der Ablösende sei daher, „solange der Gläubiger noch kein Recht am Gegenstande gewonnen habe, nach der Befriedigung dem Angriff jedes anderen Gläubigers ganz ebenso ausgesetzt". Dieser Grund ist völlig hinfällig. Wenn auch, solange der obligatorische Gläubiger noch kein Recht an der Sache erlangt hat, an der dem Ablösenden durch die Zwangsvollstreckung gefährdete Rechte zustehen, dieser kein neues dingliches Recht an der Sache, die den Zugriff weiterer obligatorischer Gläubiger hindert, erwerben kann, so bleibt doch der Fall schliesslich genau derselbe, wenn der Berechtigte befriedigt, sobald tatsächlich die Zwangsvollstreckung eingeleitet ist. Denn soweit Mobilien in Betracht kommen, so wird der Ablösende doch gerade sein Recht erhalten wollen, er wird also die Zwangsvollstreckung einstellen lassen. Dann ist er aber in genau derselben Lage wie vorher, wenn nunmehr ein anderer Gläubiger die Zwangsvollstreckung in denselben Gegenstand betreibt: Er wird wiederum ablösen müssen. Eine Ausnahme kann auch nicht für Immobilien gelten. Denn hier würde, selbst wenn eine Sicherungshypothek für den ersten abgelösten Gläubiger bestellt worden wäre, diese zwar auf den Ablösenden übergehen. Sie würde aber auch nicht verhindern können, dass wiederum ein anderer obligatorischer Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das nämliche Grundstück betreibt. Auf Grund seines schon durch jene erste Zwangsvollstreckung bedrohten Rechtes könnte er auch diesesmal — es sei denn in seltenen Fällen — die Zwangsvollstreckung nicht verhindern, sondern müsste ablösen.

[1] A. a. O. Seite 15.

Jedoch ist dieser von Weissbart zu Unrecht angeführte Grund nicht so wichtig und dürfte auch zu Gunsten der hier bekämpften Ansicht nicht verwandt werden können. Die oben angeführten sachlichen Gründe dürften genügen, um die Unrichtigkeit der Ansicht, dass schon mit dem Antrag des Gläubigers beim Vollstreckungsgericht oder dem Auftrag an den Gerichtsvollzieher das Ablösungsrecht gegeben sei, darzulegen. Sie müssen auch zu Gunsten der anderen Ansicht, die hier vertreten werden soll, sprechen, dass nämlich der massgebende Zeitpunkt erst das Eingreifen der staatlichen Behörden bildet.

Für diese spricht schon die Auffassung der zweiten Kommission bei Beratung des jetzigen § 1150, des § 1081 ersten Entwurfs, auf den die Entstehung des § 268 zurückgeht.[1] Der Entwurf I unterschied, wie erwähnt, zwei Klassen von Ablösungsberechtigten; einmal solche, gegen welche der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichtet ist, zweitens solche, welche ein Recht durch die Zwangsversteigerung zu verlieren Gefahr laufen. Jene sollten das Ablösungsrecht haben, sobald der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangte; diese, wenn die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben würde. Die zweite Kommission änderte den § 1081, indem sie vor allem die Unterscheidung zwischen Solchen, von denen der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangt, und anderen Realberechtigten fallen liess. Sie verschmolz beide Klassen[2] und setzte als massgebenden Zeitpunkt das Verlangen des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück fest.[3] Begründet wurde die Änderung damit, „es sei nicht gerechtfertigt, das Ablösungsrecht der durch eine etwaige Zwangsversteigerung in ihrem Rechte gefährdeten Realberechtigten erst mit dem Beginne der Zwangsversteigerung entstehen zu lassen.[4] Dieser Passus bezieht sich ganz klar auf die Worte des § 1081 (E. I.): „ . . wenn die Zwangsversteigerung des Grundstücks

[1] Vergl. den geschichtlichen Überblick.
[2] Vergl. Protokolle S. 4434.
[3] Vergl. ebenda.
[4] Vergl. Protokolle S. 4435.

betrieben wird",[1]) und aus den vorhergehenden Worten des § 1081 ergibt sich, dass in der angeführten Stelle zu ergänzen ist: „durch den Gläubiger". Die Stelle lässt sich also für die Auslegung des § 268 sehr gut verwenden. Eine Bestätigung der angeführten Stelle der Protokolle enthalten die Ausführungen auf Seite 6064 derselben. Nach diesen sollten die Beschlüsse, im § 1081 auch gegen den persönlichen Gläubiger das Ablösungsrecht zu gewähren, reszindiert werden, „weil eine erst im Zwangsversteigerungsverfahren wirksam werdende Berechtigung der Realgläubiger in Frage stehe, der § 1081 jedoch regelmässig nicht die Einleitung der Zwangsversteigerung voraussetze." Diese Ausführungen müssen auch für den Bundesrat, der den neuen § 268 schuf, massgebend gewesen sein. Denn tatsächlich ist doch, abgesehen von der Gewährung des Ablösungsrechts bei der gesamten Zwangsvollstreckung, an der damaligen Auffassung der Kommission nichts geändert worden. Auch § 268 verlangt ja doch, dass die Zwangsvollstreckung vom Gläubiger „betrieben" wird, während der § 1081 (E. I) davon sprach, dass „die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben wird".

Als massgebender Zeitpunkt für die Ausübung des Ablösungsrechts ist also für § 268 die Eröffnung der Zwangsvollstreckung durch staatliche Organe anzusehen.[2])

Diese gestaltet sich natürlich je nach dem Gegenstande derselben verschieden. Bei beweglichen Sachen erfolgt sie nach § 803 C. P. C. durch Pfändung seitens des Gerichtsvollziehers. Etwas anders ist die Sachlage bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen. Sie erfolgt nach § 829 C. P. O. durch Erlass des Zahlungs- und Verfügungsverbots seitens des Vollstreckungsgerichts. Nach Absatz 3 wird aber die Pfändung erst wirksam mit der Zustellung des Verbots an den Drittschuldner, dem Schuldner zu zahlen. Die Zustellung erfolgt durch den

[1]) Auf den Nebenantrag, „das Ablösungsrecht von der gerichtlichen Geltendmachung des hypothekarischen Anspruchs abhängig zu machen", beziehen sich die späteren Ausführungen auf S. 4435: „ebensowenig empfehle es sich . . . . zu verlangen".

[2]) Vergl. auch Weissbart a. a. O. § 6, der zur gleichen Ansicht kommt.

Gläubiger[1]), wenn dieser es nicht vorzieht, den Gerichtsschreiber um die Zustellung zu ersuchen. Versäumt es also der Gläubiger, den Beschluss des Gerichts dem Drittschuldner zustellen zu lassen, so ist ein Pfandrecht an der Forderung noch nicht entstanden, ein Ablösungsrecht also noch nicht gegeben. Besondere Bestimmungen gelten nach §§ 830 ff. C. P. O. für die Pfändung von Hypotheken- und Wechselforderungen, die aber zu Zweifeln hier nicht Anlass geben könnte; sie ist vollzogen bei Hypothekenforderungen mit der Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger bezw. mit der Wegnahme desselben durch den Gerichtsvollzieher, bei Buchhypotheken mit der Eintragung des Pfändungsbeschlusses in das Grundbuch.[2]) Wechselforderungen und andere Forderungen aus indossabelen Papieren sind gepfändet, sobald der Gerichtsvollzieher die Papiere in Besitz nimmt.[3])

Die Zwangsvollstreckung in Immobilien kann, wie schon oben erwähnt, nach § 866 C. P. O. auf drei Wegen, allein oder in Verbindung miteinander erfolgen. Die Beschlagnahme des Grundstücks durch Eintragung einer Sicherungshypothek tritt unzweifelhaft erst ein, wenn die Eintragung derselben in das Grundbuch erfolgt ist (§ 867 C. P. O.). Für Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung enthält das Z. V. G.[4]) die einschlägigen Bestimmungen. Angeordnet werden beide Massnahmen auf Antrag durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts (§§ 15 und 146 Z. V. G.). Mit diesem Beschluss ist die Beschlagnahme des Grundstücks nach § 20 (§ 146) Z. V. G. „zu Gunsten des Gläubigers" erfolgt, die Zwangsvollstreckung ist also eröffnet mit dem Augenblicke, wo der Vollstreckungsrichter den Beschluss unterschreibt.[5]) Daran kann nichts ändern, dass das Z. V. G. im § 22 bestimmt: „Die Beschlagnahme des Grundstücks wird mit dem Augenblicke wirksam,

[1]) S. Abs. 2 von § 829 C. P. O.

[2]) S. § 830 C. P. O.

[3]) S. § 831 C. P. O.

[4]) Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

[5]) S. auch Wolff a. a. O. Anm. 4 zu § 15; vergl. auch Denkschrift zu § 16.

in welchem der Beschluss, durch den die Zwangsversteigerung angeordnet ist, dem Schuldner zugestellt wird", bezw. die Wirksamkeit der Beschlagnahme in den Augenblick legt, in welchem „das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerkes dem Grundbuchamt zugeht, sofern auf das Ersuchen die Eintragung demnächst erfolgt."

Die Wirkung der Beschlagnahme nach § 15 Z. V. G. durch den Beschluss ist nämlich ein relatives Veräusserungsverbot zu Gunsten des Gläubigers nach §§ 135, 136 B. G. B. Dass dieses erst Wirksamkeit haben kann, sobald der Schuldner davon Kenntnis hat, ist klar. Bezüglich des Beginnes der Zwangsvollstreckung hat diese Zustellung an den Schuldner bezw. der Versteigerungsvermerk aber nur deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung. Dies ergeben auch deutlich die Ausführungen der Denkschrift zum § 16 Abs. 2 Z. V. G.: „Wenn hier im Absatz 2 bestimmt wird, dass dem Antrage die für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlichen Urkunden beizufügen sind, so ist damit zugleich ausgesprochen, dass die Zwangsversteigerung schon mit dem Beschlusse, durch welchen sie angeordnet wird, und nicht erst mit der Zustellung dieses Beschlusses an den Schuldner beginnt". [1])

Der Zeitpunkt, in dem die Zwangsvollstreckung beginnt, gestaltet sich also nach dem Vorhergehenden verschieden, je nach der Art des Gegenstandes, in den die Zwangsvollstreckung betrieben ist, wenngleich stets ein Akt der Vollstreckungsbehörden notwendig ist. Und dementsprechend gestaltet sich auch der Zeitpunkt für den Beginn des Ablösungsrechts verschieden. Auch die Dauer des Ablösungsrechts muss sich nach der Dauer der Zwangsvollstreckung richten. Sobald Zwangsvollstreckung nicht mehr stattfindet, muss auch das Ablösungsrecht erlöschen. Das ergibt sich unmittelbar aus § 268 B. G. B.; denn die Geltendmachung des Ablösungsrechts ist abhängig davon, dass die Zwangsvollstreckung „betrieben" wird. Die natürliche Grenze muss daher das Ende der Zwangsvollstreckung bilden.

[1]) S. auch Günther a. a. O. zu § 16, Henle zu § 16, Wolff Anm. 4 zu § 15.

Bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen tritt es ein, wenn der Gerichtsvollzieher den Erlös an den Gläubiger abgeführt hat, oder das Verfahren nach § 775, 1 -3 C. P. O. eingestellt worden ist, nicht jedoch in den Fällen der Ziffer 4—5 des § 775, weil hierbei nach § 776 die Vollstreckungsmassregeln einstweilen bestehen bleiben, die Zwangsvollstreckung auch auf Verlangen des Gläubigers weiter betrieben werden muss.[1]) Sind Forderungen gepfändet worden, so wird das Ende der Zwangsvollstreckung abhängig davon sein, ob der Gläubiger nach § 835 C. P. O. sich die Forderung hat „zur Einziehung" oder „an Zahlungsstatt zum Nennwert" überweisen lassen. Im letzteren Fall ist das Vollstreckungsverfahren beendigt, sobald der Beschluss des Gerichts, die Forderung dem Gläubiger an Zahlungsstatt zu überweisen, dem Drittschuldner zugestellt ist:[2]) weil in diesem Augenblicke die Forderung aus dem Vermögen des Schuldners ausscheidet. Anders, wenn der Gläubiger die erste Art der Überweisung vorzog. Dann ist die Zwangsvollstreckung nicht schon mit dem Überweisungsbeschluss beendigt, sondern erst sobald der Gläubiger die Forderung eingezogen, oder auf die durch Pfändung und Überweisung zur Einziehung erworbenen Rechte verzichtet hat (§ 843 C. P. O.). Denn bei Überweisung zur Einziehung bleibt die Forderung im Vermögen des Schuldners, der Gläubiger ist noch nicht befriedigt, sondern handelt nur als *procurator in rem suam*; sein Pfandrecht setzt sich also fort, bis es durch Einziehung des Gegenstandes bezw. durch den Verzicht nach § 843 C. P. O. erlischt.[3])

Klarer sind die Bestimmungen über die Beendigung des Vollstreckungsverfahrens bei der Immobiliarzwangsvollstreckung. Es ist beendigt, wenn das Gericht die definitive Einstellung wegen des im § 28 Z. V. G angegebenen Grundes beschliesst, oder sie deshalb beschliesst, weil der Gläubiger den Versteigerungsantrag zurückgenommen[4]) hat, oder weil nach der vorläufigen

[1]) Vergl. Motive zur C. P. O. S. 414, 405.

[2]) Vergl. Abs. 3 des § 835 C. P. O. (Erst mit der Zustellung wird die Überweisung rechtswirksam.)

[3]) Vergl. hierzu Sydow u. Busch, Anm. 2 zu § 835 C. P. O.

[4]) S. § 29.

Einstellung wegen Einstellungsbewilligung des Gläubigers dieser nochmals die Einstellung bewilligt,[1]) oder bei vorläufiger Einstellung des Verfahrens nicht binnen sechs Monaten der Antrag auf Fortsetzung vonseiten des Gläubigers gestellt wird.[2]) Es ist ferner beendigt, wenn nach § 86 Z. V. G. der Zuschlag rechtskräftig versagt wird und die Fortsetzung des Verfahrens unzulässig ist. Das Ende des Vollstreckungsverfahrens tritt auch schliesslich ein, wenn das Verteilungsverfahren der Zwangsversteigerung beendigt ist, oder wenn bei Zwangsverwaltung nach Befriedigung des Gläubigers das Gericht die Aufhebung des Verfahrens beschliesst. Ausserdem finden, da nach § 869 C. P. O. das Z. V. G. als ein Teil der Civilprozessordnung anzusehen ist, ihre allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung, soweit nicht eine Bestimmung des Z. V. G. entgegensteht, Anwendung.[3]) Es ist daher auch denkbar, dass das Verfahren nach §§ 769, 771–771 C. P. O. eingestellt wird.

Was aber bisher über die Beendigung des Verfahrens gesagt wurde, kann nicht vollständig für das Ende des Ablösungsrechtes gelten. In vielen Fällen werden beide zusammen fallen; in sehr vielen Fällen wird dies aber nicht eintreten, wird im Gegenteil das Ablösungsrecht früher enden als das Zwangsversteigerungsverfahren. Wird das Verfahren zwecks Versteigerung von Immobilien oder Pfändung von beweglichen Sachen früher eingestellt, als der mit ihm beabsichtigte Erfolg, nämlich Versteigerung von Vermögensgegenständen des Schuldners, erreicht ist, z. B. weil der Gläubiger den Antrag beim Vollstreckungsgericht oder den Auftrag an den Gerichtsvollzieher zurückgenommen hat, so muss der darauf erfolgte Beschluss des Gerichts[4]) auch das Ende für das Ablösungsrecht bilden. Anders, wenn das Verfahren erst nach der Versteigerung eingestellt wurde. Hier kommt nämlich noch der andere Gesichtspunkt in Betracht, der, wie des Näheren unten zu erörtern bleibt, gleichfalls eine Voraussetzung für die Ausübung des Ablösungsrechtes bildet,

[1]) S. § 30.
[2]) S. § 31 Z. V. G.
[3]) Vergl. Günther a. a. O. Seite 6.
[4]) § 29 Z. V. G., § 753 C. P. O.

nämlich, ob für den Ablösungsberechtigten eine Gefahr des Untergangs von Rechten oder Besitz vorliegt. Für die Immobiliarversteigerung ist hier massgebend § 91 Z. V. G. Darnach erlöschen alle Rechte an dem Grundstück mit dem Zuschlag, sofern sie nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben. Betreffs der Versteigerung von Mobilien greift § 1242 B. G. B [1]) ein, wonach durch „die rechtmässige Veräusserung des Pfandes Pfandrechte und Niessbrauchsrechte mit Ausnahme des allen Pfandrechten vorgehenden Niessbrauchs erlöschen".

Und damit kommt man zu der Frage, ob auch noch nach dem Zuschlag das Ablösungsrecht geltend gemacht werden kann.

Für die Zwangsversteigerung von Grundstücken kann es keinem Zweifel unterliegen, dass mit dem Zuschlag das Ablösungsrecht nicht mehr Platz greift. Denn nach § 91 Z. V. G. sind durch den Zuschlag die Rechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen oder nach Abs. 2 § 91 [2]) bestehen bleiben sollen, erloschen. Und zwar mit der Verkündigung des Zuschlags, da, wie § 89 Z. V. G ausdrücklich bestimmt, erst in diesem Augenblicke der Zuschlag wirksam wird, nicht schon mit dem Beschluss des Gerichts. Letzteres folgt daraus, dass nach § 87 Abs. 3 Z. V. G. noch im Verkündigungstermin Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können, welche eventuell die Zwangsversteigerung suspendieren können oder für den Zuschlag von Bedeutung sind.[3]) Da nun aber das Erlöschen der Rechte davon abhängig ist (s. § 91 Z. V. G.), dass der Ersteher durch den Zuschlag nach § 90 Z. V. G. Eigentümer des Grundstücks geworden ist, d. h. dass nicht etwa nachträglich „im Beschwerdewege der Beschluss rechtskräftig aufgehoben wird", so lebt, da ja die Gefahr für das Bestehen der Rechte nun wieder dieselbe ist, wie vor dem Zuschlag, das Ablösungsrecht wieder auf, sobald die Aufhebung des Beschlusses nach § 90 Z. V. G. eintritt.

[1]) S. auch Örtmann, Anm. 3 zu § 268 B. G. B.

[2]) „. . . . . wenn dies zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher vereinbart ist und die Erklärungen u. s. w."

[3]) S. auch Wolff a. a. O. Anm. 5 zu § 87.

Es liegt nahe, die Bestimmung der §§ 90, 91 Z. V. G. auf die anderen Fälle der Zwangsvollstreckung zu übertragen, bei denen die Versteigerung eine Rolle spielt. Aber dieses Vorgehen würde unrichtig sein. Bei der gerichtlichen Versteigerung beweglicher Sachen ist mit dem Zuschlag das Ablösungsrecht noch nicht erloschen, und zwar deshalb nicht, weil der Ersteher mit dem Zuschlag noch nicht Eigentümer geworden ist, daher die an der Sache bestehenden Rechte noch nicht untergegangen sind.

Für das Gemeine Recht nahm allerdings die herrschende Ansicht an, dass in der gerichtlichen Versteigerung mit dem Zuschlag das Eigentum auf den Ersteher überging, also die an der Sache bestehenden Rechte, soweit sie nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen blieben, mit dem Zuschlag erloschen.[1] Für das jetzige bürgerliche Recht hält, soweit aus der Literatur ersichtlich, nur Scherer[2] an der gemeinrechtlichen Auffassung fest. Er stützt sich dabei auf § 156 B. G. B., indem er ausführt:

> „Nach römischem und Gemeinem Recht geht durch den Kaufvertrag nur dann Eigentum über, wenn noch Tradition hinzukommt. Nach Gemeinem Rechte findet diese Vorschrift auf die Subhastation keine Anwendung, indem manche die Subhastation garnicht als eine Art des Verkaufs betrachten. Richtiger wird man mit der Subhastation stillschweigend die richterliche Auflassung des germanischen Rechts verbunden denken. Durch die öffentlich abgehaltene Versteigerung wird der Eigentumsübergang allgemein bekannt. Nach G. R. geht daher bei der Subhastation bereits durch den Zuschlag Eigentum über, ohne Tradition. Nach dem Wortlaut des § 156 (sc. B. G. B.) ist diese Ansicht in das B. G. B. übergegangen."

Unrichtig ist es zunächst, wenn Scherer für bewegliche Sachen den Zuschlag bei der Zwangsversteigerung gewisser-

[1] S. Dernburg, Pandekten 1, S. 512 und die dort Citierten.

[2] Sachenrecht, Seite 353 Anm. 653.

massen als Auflassungserklärung nach germanischem Rechte ansieht. Diese Auffassung mag bei der Versteigerung von Grundstücken etwas für sich haben, und Scherer könnte vielleicht zu seinen Gunsten die §§ 90, 91 Z. V. G. heranziehen, für bewegliche Sachen dagegen ist sie doch völlig unrichtig. Dem heutigen Rechte ist eine Auflassung nur noch für Immobilien bekannt, für bewegliche Sachen ist als Zeitpunkt des Eigentumsübergangs im allgemeinen die Übergabe massgebend.[1])

Es ist daher unverständlich, wenn Scherer meint, nach dem Wortlaut des § 156 sei die von ihm vertretene Auffassung in das B. G. B. übergegangen. Gerade § 156 spricht doch von einem Vertrage; liegt ein Vertrag vor, so kann die Annahme der Offerte des Bieters durch den Versteigerer nicht zugleich eine Auffassungserklärung sein. Die Unrichtigkeit der Scherer'schen Ansicht zeigt sich ohne weiteres durch eine genaue Erörterung der Auffassung des B. G. B. von der Versteigerung. Zugleich dürfte dadurch gezeigt werden, dass die auch von Scherer nicht ganz gemissbilligte gemeinrechtliche Auffassung, die in der Subhastation keinen Verkauf sieht, für das B. G. B. jede Bedeutung verloren hat.

Dass nicht schon mit dem Zuschlag Eigentum entsteht, und damit das Erlöschen der Rechte eintritt, erklärt sich daraus, dass das B. G. B. die Veräusserung in der Zwangsversteigerung als Kauf ansieht, da § 456 ausdrücklich vom „Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung spricht." Dasselbe besagt § 512, wo das Vorkaufsrecht ausdrücklich ausgeschlossen wird, „wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt", eine völlig wertlose Bestimmung, wenn die Zwangsversteigerung nicht als wirklicher Verkauf aufzufassen wäre. Unterstützt wird diese Annahme durch den Hinweis auf § 156 bei § 817 C. P. O., der von der Versteigerung handelt. Nach § 156 kommt der Vertrag, d. h. hier also der Kaufvertrag, erst durch den Zuschlag zustande. Zieht man nun § 433 B. G. B. heran, so ergibt sich, dass der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm

[1]) Vergl. § 929 B. G. B.

das Eigentum zu verschaffen. Eigentum kann also der Käufer erst mit der Übergabe erlangen. Ein weiterer Beweis ergiebt sich aus dem Inhalt des § 817 C. P. O. Denn kann der Ersteher, wenn die Ablieferung der Sache erfolgen soll, nicht bar zahlen, oder verlangt er nicht „zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit" bezw. vor dem Schlusse des Versteigerungstermins die Ablieferung gegen Barzahlung, so wird die Sache anderweitig versteigert. Es kann also doch nur angenommen werden, dass der Vertrag wegen Nichterfüllung der Verkaufsbedingungen vonseiten des Erstehers wieder aufgelöst worden ist. Wäre Eigentum schon mit dem Zuschlag übergegangen, so könnte es dem Ersteher doch nicht so ohne weiteres wieder abgenommen werden; das wäre sonst eine so singuläre Bestimmung der C. P. O., die nicht in das System des Bürgerlichen Rechts, auf das die C. P. O. so oft verweist, passen würde.[1])

Weiteren Beweis dafür, dass noch nicht mit dem Zuschlag Eigentum in der Versteigerung übergeht, ergiebt der § 1242 B. G. B. Vergleicht man zunächst diesen Paragraphen, der auch für die Versteigerung von Pfändungspfändern massgebend ist,[2]) mit den §§ 90 und 91 des Z. V. G., so fällt einem sofort der Unterschied im Wortlaut in die Augen. Dort heisst es: „Durch die rechtmässige Veräusserung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte . . .", also auch das Eigentum. Im zweiten Absatz wird dann bestimmt: „Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren". Das gleiche gilt für Niesbrauch mit Ausnahme des allen Pfandrechten im Range vorgehenden. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, dass die Rechte erst

[1]) Die hier vertretene Ansicht wird geteilt von: Gaupp (Anm. zu § 718 alter = § 817 jetziger C. P. O. Seite 450 f. unter II.), Struckmann und Koch (Anm. 1 zu § 817, S. 925), v. Sarwey (S. 200 zu § 718 alte C. P. O.), Cosack (II, 1. Seite 130). Für das B. G. B. scheint auch Dernburg (B. G. B., 3. Band S. 276) die von ihm im G. R. vertretene Ansicht zugunsten der hier verfochtenen verlassen zu haben (vergl. insbes. a. a. O. Anm. 5).

[2]) S. Örtmann, Anm. 3 zu § 268; Schollmeyer Anm. 2b zu § 268; Planck, Anm. 3a zu § 268.

untergehen können, wenn der Erwerber das Eigentum der betreffenden Sache erlangt hat, dass sich also Eigentumserwerb und Rechtsuntergang im selben Augenblicke vollziehen. Denn § 936 B. G. B., der von der Einwirkung des Eigentumserwerbs auf fremde Rechte spricht, sagt ausdrücklich: „so erlischt das Recht mit dem Erwerb des Eigentums", und da § 1242 selbst bestimmt, dass der Erwerb in gleicher Weise vor sich gehen soll, „wie wenn der Erwerber die Sache vom Eigentümer erworben hätte", so muss auch § 936 zu seiner Auslegung herangezogen werden können. Das Z. V. G. dagegen besagt im § 90: „Durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer des Grundstücks", und im § 91: „durch den Zuschlag erlöschen . . . die Rechte . . ."

Das Z. V. G. will also durch den „Zuschlag", das B. G. B. in § 1242 durch die „Veräusserung" das Eigentum an den Ersteher über- und die Rechte an der Sache untergehen lassen.

Diese wörtliche Verschiedenheit bewirkt aber auch eine Verschiedenheit des Sinnes: „Zuschlag" und „Veräusserung" ist nicht dasselbe.

Den schlagendsten Beweis dafür geben die Auslassungen der Motive zum § 1180 E. I., dem Vorgänger des jetzigen § 1242. Jener bestimmte nämlich mit klaren Worten, dass, wenn dem Pfandgläubiger selber der Zuschlag erteilt werde, er das Eigentum mit dem Zuschlage erwerbe. Im übrigen ist der Sinn jenes Paragraphen derselbe wie der des jetzigen § 1242. Die Motive[1]) lassen sich nun dazu folgendermassen aus: „Die juristische Konstruktion des Übergangs des Eigentums auf den Gläubiger, wenn dieser den Zuschlag erhält, ... bietet einige Schwierigkeiten . . . . Aber gerade wegen dieser obwaltenden Konstruktionsschwierigkeiten ist es erforderlich, im Gesetze darüber keinen Zweifel zu lassen, dass der meistbietende Gläubiger mit dem Zuschlag Eigentum erwirbt." Der Gesetzgeber unterscheidet also sorgfältig zwischen dem Ersteher, der nicht Gläubiger ist, und dem Ersteher, welcher Pfandgläubiger ist. Jener soll erst mit der „Veräusserung", dieser schon mit dem „Zuschlag" Eigentum erwerben und die Rechte zum Untergang bringen. Wenn auch im jetzigen

[1]) Seite 831.

§ 1242 jene Bestimmung für den Pfandgläubiger als Ersteher weggefallen ist, so bleibt doch der grundsätzliche Unterschied zwischen Eigentumserwerb durch „Zuschlag“ und durch „Veräusserung“ bestehen.

Auch der von Weissbart[1]) angeführte Grund, wonach unter „Veräusserung“ im § 1242 die Übergabe der Sache zu verstehen ist, dürfte stichhaltig sein. Das B. G. B. unterscheidet nämlich beim Pfandverkauf zwischen „rechtmässiger“ und „nicht rechtmässiger“ Veräusserung. Die Wirkungen der letzteren regelt § 1244; darnach finden die Vorschriften über den Eigentumsübergang bezw. Rechtsuntergang Dritter in den §§ 932—934 und 936 B. G. B. entsprechende Anwendung. Nach diesen Paragraphen wird der gutgläubige Erwerber stets mit Übergabe der Sache bezw. Besitzerlangung nach der Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigentümer. Es dürfte aber richtiger sein, entgegen Weissbart, aus der Fassung des § 1244 die Schlussfolgerung zu ziehen, dass dieser nicht etwa einen Unterschied zwischen rechtmässiger und unrechtmässiger Pfandveräusserung in der Hinsicht schaffen will, dass dort mit dem Zuschlag, hier mit Übergabe der Sache das Eigentum an den Erwerber übergeht; sondern dass bei der grossen Rolle, die der gute Glaube im B. G. B. spielt, der § 1244 deshalb aufgenommen ist, um auch hier Gutgläubige nicht zu benachteiligen. Der gewöhnliche Eigentumsübergang erfolgt im B. G. B. stets mit der Übergabe der Sache, also auch beim Kauf einer verpfändeten Sache.[2])

Es dürfte damit bewiesen sein, dass Rechte Dritter an der im Zwangsvollstreckungsverfahren in Mobilien versteigerten Sache erst mit der Übergabe an den Käufer erlöschen. Soweit ist hier auch noch nicht der Zuschlag der massgebende Zeitpunkt für das Ende des Ablösungsrechts, sondern erst die Ablieferung der Sache an den Ersteher. Freilich kann nicht verhehlt werden, dass das Ablösungsrecht zwischen Zuschlag und Ablieferung kaum jemals zur Anwendung gelangen wird,

[1]) Seite 16.

[2]) Für die hier vertretene Ansicht, dass nach § 1242 erst mit der Übergabe der Sache das Eigentum übergeht, sprechen sich auch Dernburg III, S. 739, Endemann II, S. 557, 2 und Matthiass II, S 169 aus.

es sei denn, dass der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger neben dem Ablösungsberechtigten, welcher ablösen will, im Versteigerungstermin anwesend ist. In Betracht kommt ausserdem, dass der Ablösende dem Gläubiger auch den Betrag aushändigen muss, den jener wegen Nichterfüllung des durch den Zuschlag zustande gekommenen Kaufvertrages dem Ersteher vorraussichtlich zahlen muss.

Durch das Erfordernis, dass Ablösung erst stattfinden kann, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, unterscheidet sich § 268 wesentlich von § 267. Freilich ist hier ein Zeitpunkt überhaupt nicht bestimmt, er ergiebt sich aber aus der ganzen Sachlage. Denn der Befriedigende muss genau so leisten, wie der eigentliche Schuldner, wenn er überhaupt Aussicht haben will, dass seine Leistung angenommen wird; das gilt natürlich auch für die Leistungszeit. Daher sind die Bestimmungen in den §§ 271, 272 und 299 entsprechend auf den zahlenden Dritten anzuwenden.

War daher nach § 271 Abs. 1 für die Leistung des Schuldners eine Zeit weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so wird der Dritte auch schon leisten können, sobald das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, auf welchem die Forderung des Gläubigers basiert, zustande gekommen ist. Denn von diesem Augenblicke ab kann ja schon der Schuldner leisten.

Liegt aber der Fall des Abs. 2 von § 271 vor, war also eine Zeit zur Leistung bestimmt, so wird gleichwohl auch der Dritte schon meistens die Leistung anbieten können, sobald das der Forderung zugrunde liegende Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Schuldner zum Abschlusse gelangt ist, da ja auch hier im Zweifel der Schuldner sofort leisten könnte. Jedoch kommt in diesem Fall noch § 299 in Betracht. Denn liegt der Tatbestand des Abs. 2 von § 271 vor, so kommt der Gläubiger durch Nichtannahme der Leistung nicht in Verzug, wenn er nur vorübergehend an der Annahme verhindert war. Aber auch hier bleibt wiederum für den Dritten der letzte Bedingungssatz von § 299 anwendbar. Der Dritte würde also den Gläubiger dennoch bei Weigerung der Annahme der Leistung in Verzug setzen können, wenn er „angemessene Zeit

vorher“ dem Gläubiger mitteilt, dass er für den Schuldner erfüllen will.

Es muss also als frühest zulässiger Zeitpunkt für die Zahlung fremder Schulden nach § 267 der Augenblick angesehen werden, wo das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, auf Grund dessen die Leistung vom Schuldner gefordert werden kann, zur Entstehung gelangt ist. Die äusserste Grenze für die Leistung Dritter nach § 267 bildet nach der anderen Seite hin naturgemäss der Augenblick, wo das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner erloschen ist.

4. Was ist unter „Gegenstand“ zu verstehen.

In einen Gegenstand, und zwar einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand muss nach den eigenen Worten des § 268 die Zwangsvollstreckung betrieben werden, wenn das Ablösungsrecht Platz greifen soll. Dass sich „Gegenstand“ nicht mit „Sache“ deckt, bedarf keines Beweises. Sachen sind nach § 90 B. G. B. nur körperliche Gegenstände. Gegenstand im Sinne des § 268 ist dagegen alles, was vermögensrechtlich eine Bedeutung geniesst, also nicht nur körperliche Sachen, sondern auch „Forderungen und andere Vermögensrechte“, wie sie die C. P. O. den körperlichen beweglichen Sachen als pfändbar gegenüber stellt. Denn es können nur solche Gegenstände für § 268 in Betracht kommen, die auch wirklich pfändbar sind, da ja sonst eine Zwangsvollstreckung in sie nicht stattfinden könnte. Eine Auslegungsregel für Forderungen gibt in dieser Hinsicht § 851 Abs. 1 C. P. O.; ausserdem ist die besondere Vorschrift des Abs. 2 und § 852 sowie § 850 zu beachten. Nach § 851 ist, soweit nichts besonderes bestimmt ist, eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist. Unübertragbar ist sie jedoch nach § 399 B. G. B., „wenn die Leistung an einen andern, als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhalts erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist“. Die Fälle zweiter Art dürften gewöhnlich keine Schonung nach § 851 C. P. O. finden,

da Abs. 2 die Pfändung trotzdem gestattet, wenn der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Jedoch dürften viele Fälle der ersten Art Berücksichtigung finden, so die Forderung auf Bestellung einer persönlicher Dienstbarkeit (§ 1091 f. B. G. B.), der Anspruch auf Leistung von Diensten (§ 613 B. G. B.) oder auf Ausführung eines Auftrags (664 B. G. B.). In anderen Fällen dürfte die Pfändung zulässig sein, sobald der Anspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, so §§ 1300, 847 u. a. Eine grosse Bedeutung ist für § 268 B. G. B. der Bestimmung in § 851 C. P. O. freilich nicht zuzusprechen, da bei unübertragbaren Forderungen auch kaum Rechte Dritter durch Pfändung verletzt werden können. Bezüglich der Pfändbarkeit anderer Vermögensrechte sind die Bestimmungen der C. P. O. in den §§ 857—863 zu beachten.

Besonders zu berücksichtigen bleibt aber noch, dass manche Mobilien und einige Forderungen teils sowohl der Zwangsvollstreckung in bewegliches oder unbewegliches Vermögen unterworfen sind, teils nur bei Zwangsvollstreckung in Immobilien durch diese mitumfasst werden und nicht besonders der Mobiliarzwangsvollstreckung unterliegen. § 20 des Z. V. G. bestimmt nämlich, dass die Beschlagnahme des Grundstücks auch alle „diejenigen Gegenstände umfasst, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt". Was das für Gegenstände sind, ergiebt B. G. B. §§ 1120—1130. Darnach würde die Beschlagnahme eines Grundstücks auch seine vom Grundstück getrennten Erzeugnisse, seine sonstigen Bestandteile, das Zubehör, Miets- und Pachtzinsen, sowie Versicherungsforderungen umfassen.

Jedoch schliesst § 21 Abs. 1 Z. V. G. ausdrücklich „land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse des Grundstücks, sowie Versicherungsforderungen für solche Erzeugnisse aus, wenn die Erzeugnisse nicht mehr mit dem Boden verbunden oder nicht Zubehör des Grundstücks sind".

Nach demselben Paragraphen umfasst die Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsversteigerung auch nicht die Miets- und Pachtzinsforderungen, sowie Ansprüche aus mit dem Eigentum verbundenen Rechten auf wiederkehrende Leistungen. Aber diese werden durch die Beschlagnahme des Grundstücks

gleichfalls umfasst, wenn die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsverwaltung stattfindet (s. § 148 Z. V. G.), ebenso dann die Gegenstände des § 21 Abs. 1 Z. V. G.

Zubehör kann nach § 865 Abs. 2 C. P. O. nur im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung gepfändet werden. Die übrigen Gegenstände aber, auf die sich nach § 20 Z. V. G. die Beschlagnahme des Grundstücks erstreckt, können, solange das Grundstück noch nicht beschlagnahmt ist, auch im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung gepfändet werden; ebenso nach § 810 C. P. O. Früchte, die vom Boden noch nicht getrennt sind, sofern die Pfändung innerhalb eines Monats vor der gewöhnlichen Reife erfolgt; hierbei bleibt jedoch Abs. 2 desselben Paragraphen zu beachten.

Diese Frage, ob eventuell auch bewegliche Gegenstände der Zwangsvollstreckung in Mobilien unterworfen sind, ist nicht unnötig erörtert worden, denn für das Ablösungsrecht ist es nicht gleichgültig, ob der Gegenstand, wegen dessen die Ablösung erfolgen soll, der Immobiliarzwangsvollstreckung unterliegt oder der Zwangsvollstreckung in Mobilien. Einerseits nämlich wird der Ablösende, sofern sein Recht an einem beweglichen Gegenstande bedroht ist, der gemäss § 20 Z. V. G. mit dem Grundstück gemeinsam beschlagnahmt ist, mehr Kosten aufzuwenden haben, als wenn die Sache im Mobiliarpfändungsverfahren gepfändet wäre. Andererseits wird er aber auch hinsichtlich der Dauer der Geltendmachung des Ablösungsrechts günstiger gestellt, da natürlich die Zwangsversteigerung eines Grundstücks mehr Zeit in Anspruch nimmt, als die Veräusserung einer Mobilie durch den Gerichtsvollzieher bezw. die Überweisung einer Forderung an den Gläubiger.

Der Gegenstand nun, in den die Zwangsvollstreckung betrieben wird, muss nach § 268 dem Schuldner gehören. Ist das nicht der Fall, so muss auch das Ablösungsrecht cessieren, denn die Voraussetzungen sind nicht völlig erfüllt; und daran kann auch nichts ändern, dass durch die Veräusserung der Untergang von noch so vielen Rechten droht. Der § 268 setzt eben voraus, dass der Schuldner der Eigentümer des Gegenstandes ist, in den zwangsvollstreckt wird. Der wirkliche Eigentümer kann deshalb das Ablösungsrecht nicht ausüben

und ebensowenig Dritte, deren Rechte an dem Gegenstande bedroht sind. Und bedroht sind ihre Rechte, wie ein Blick auf die §§ 1244 B. G. B. und 90, 91 Abs. 1 Z. V. G. lehrt. Denn die Wirkungen für den Eigentumserwerb durch den Ersteher bezw. den Rechtsuntergang bleiben für die Immobiliarversteigerung dieselben, mag der Schuldner Eigentümer sein oder nicht. Für die Mobiliarzwangsvollstreckung dagegen wird es auf den guten Glauben des Erwerbers nach § 1244 B. G. B. ankommen, und gerade dieser muss auch einen Ersatz für im Eigentum oder im Rechte bedrohte Dritte abgeben. Sie können ja den guten Glauben des Erstehers vernichten. Ausserdem aber stellt ihnen auch die C. P. O. noch einen sicher durchgreifenden Rechtsbehelf zur Verfügung, vermittels dessen sie die Zwangsvollstreckung zur Einstellung bringen können, nämlich die Widerspruchsklage nach § 771.[1])

5. Was bedeutet „Gefahr laufen"?

Bisher wurden die Voraussetzungen für die Ausübung des Ablösungsrechts einer Prüfung unterzogen, soweit die Person des Gläubigers in Betracht kommt: sie geben im wesentlichen den Zeitraum an, in welchem das Ablösungsrecht gegeben ist. Aber nicht jedweder Dritte kann nun schlechthin ablösen, sondern nur „Jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande oder den Besitz zu verlieren".

Mannigfache Fragen tauchen zunächst auf bei dem Wort „Gefahr laufen".

§ 268 will das Ablösungsrecht dem Dritten nur geben, wenn infolge Nichtgeltendmachung des Ablösungsrechts sein Recht an dem Gegenstande bezw. sein Besitz erlöschen würde. Es wurde schon oben darauf hingewiesen, dass dem wahren Eigentümer, falls der Schuldner in Wirklichkeit nicht der Eigentümer der in Frage stehenden Sache ist, ein Ablösungsrecht nicht gegeben werden kann. Und zwar deshalb nicht, weil ihm die Widerspruchsklage aus § 771 C. P. O. zusteht, die ihn ohne grosse Kosten zum eigentlichen Zwecke des Ab-

[1]) Ebenso Schollmeyer, Seite 76, letzter Absatz von 2a (zu § 268).

lösungsrechts, nämlich Sistierung der Zwangsvollstreckung führen würde. Dasselbe, was dort für den Eigentümer galt, muss auch hier gelten, wenn der Gegenstand dem Schuldner tatsächlich gehört, und die Berechtigten auf andere Weise, als durch Geltendmachung des Ablösungsrechts ihre Rechte erhalten könnten. Denn § 268 will nur einen exzeptionellen Rechtsbehelf bieten und Rechte Dritter, die eben auf andere Weise nicht zu schützen sind, vor dem Untergang — allerdings durch gewisse Aufwendungen des Dritten, um auch den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger nicht zu benachteiligen — retten. Für diejenigen an dem Gegenstand Berechtigten oder Besitzer der Sache, die durch Anwendung von Vorschriften der C. P. O. ihre Rechte bezw. den Besitz schützen können, besteht aber die Gefahr, ihr Recht durch die Zwangsvollstreckung zu verlieren, nicht in der Nichtgeltendmachung des Ablösungsrechts, das ihnen garnicht zusteht, sondern eben in der Nichtbeachtung der zu ihren Gunsten bestimmten Vorschriften der C. P. O., insbesondere des § 771.[1])

Dass in solchen Fällen, obgleich dem Dritten „ein die Veräusserung hinderndes Recht zusteht“ (s. § 771 C. P. O.), das Recht trotzdem untergehen kann, ergiebt doch nicht nur überhaupt die Existenz des § 771, sondern auch der Gedanke an den Schutz des guten Glaubens, der überall im B. G. B., insbesondere beim Eigentumserwerb seine Anwendung findet. Man vergleiche insbesondere die obigen Ausführungen über die Bedeutung des § 936 für den Erwerb einer Sache im Pfandverkauf nach § 1244! Trotzdem kann das Ablösungsrecht nicht gegeben werden, weil die Gefahr sich auf andere Weise, nämlich durch Widerspruchsklage nach § 771 C. P. O. beseitigen lässt.

Einige Fälle bei der Versteigerung von Immobilien blieben noch zu erörtern. Nach § 37 Nr. 4 Z. V. G. sind Rechte, die aus dem Grundbuche nicht ersichtlich sind, spätestens im Versteigerungstermine anzumelden, widrigenfalls sie, weil nicht in das geringste Gebot aufgenommen, erlöschen. Auch hier liegt sicher eine Gefahr vor, dass durch die Zwangsvollstreckung

[1]) Ebenso Weissbart Seite 21/22.

der Untergang der Rechte eintritt. Trotzdem kann dieser Fall für § 268 nicht in Betracht kommen, also auch ein Befriedigungsrecht nicht zugestanden werden, weil durch einfache Anmeldung zu dem angegebenen Zeitpunkt diese Gefahr beseitigt wird. Denn dann wird das Recht in das geringste Gebot aufgenommen und bleibt, falls es nicht durch Barzahlung zu decken ist, bestehen (s. § 52 Z. V. G.).[1])

Da im Z. V. G. die Bestimmungen über das geringste Gebot und die übrigen Versteigerungsbedingungen zugunsten der Beteiligten Abänderungen erfahren können, diese Bestimmungen insofern also dispositives Recht enthalten.[2]) so können nach § 59 Z. V. G. auch solche Rechte, die sonst durch Nichtaufnahme in das geringste Gebot erlöschen würden, infolge Vereinbarung mit den gleichstehenden oder vorhergehenden Berechtigten in das geringste Gebot aufgenommen werden. In diesem Falle würde aber die Gefahr des Untergangs der Rechte, die bisher bestand, beseitigt sein, ein Ablösungsrecht also nicht mehr gewährt werden können. Dagegen kann selbstverständlich die Möglichkeit, auf diese Weise sein Recht zu erhalten, das Ablösungsrecht nicht berühren. Denn diese Erhaltung seines Rechtes steht nicht völlig im Willen des bedrohten Dritten, sondern ist abhängig von der Zustimmung vor- oder gleichstehender Beteiligter. Ihm kann man also das Ablösungsrecht nicht von vornherein versagen.

Eine entsprechende Bestimmung wie das Z. V. G. bezüglich des Bestehenbleibens von Rechten enthält auch die C. P. O. im § 825, und eine Möglichkeit gewährt ferner § 1245 B. G. B., der auf die Zwangsversteigerung nach der C. P. O. entsprechende Anwendung findet. Es können demnach durch Vereinbarung der Parteien bedrohte Rechte durch Aufnahme in die Versteigerungsbedingungen erhalten bleiben. Sind sie in die Versteigerungsbedingungen aufgenommen, so sind sie auch nicht mehr durch Zwangsvollstreckung bedroht, und ein Ablösungsrecht ist den betreffenden Berechtigten nicht mehr gegeben.[3])

[1]) S. auch Weissbart, S. 22.
[2]) Vergl. Denkschrift zu § 59 Z. V. G.
[3]) S. auch Weissbart S. 23, der eine reiche Kasuistik bietet.

6. Abgesehen von den im Besitz Bedrohten haben nur dinglich Berechtigte das Ablösungsrecht.

Die erste Kommission hatte bei Beratung des jetzigen § 1150 die Gewährung des Ablösungsrechtes gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden persönlichen Gläubiger abgelehnt, weil ein Bedürfnis nicht vorhanden sei, da „die Voraussetzungen des Ablösungsrechts hier nur in dem seltenen Fall eintreten könnten, dass nach Einleitung des Versteigerungsverfahrens noch eine Hypothek eingetragen, und zu deren Schutze die Ablösung des betreibenden Gläubigers beansprucht würde". [1] Die zweite Kommission erkannte aber mehr Fälle von bedrohten Rechten an und beschloss daher, auch dem persönlichen Gläubiger gegenüber unter den sonstigen Voraussetzungen das Ablösungsrecht zu gewähren, ein Beschluss, der freilich später umgestossen,[2] aber durch die Einschiebung des § 268 durch den Bundesrat wieder hergestellt wurde.[3] Da nach diesem nun auch bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen das Ablösungsrecht gegeben ist, so musste sich naturgemäss der Kreis der in ihrem Rechte mit dem Untergang Bedrohten erweitern. Die einzelnen Fälle sollen im folgenden erörtert werden.

Der § 268 sagt zunächst, dass das Ablösungsrecht denjenigen gegeben werden soll, die ein „Recht an dem Gegenstande" verlieren würden. Nach dem Sprachgebrauch des B. G. B.[4] kann darunter nur ein dingliches Recht verstanden werden. Dagegen wird von Örtmann[5] und Endemann[6] behauptet, dass auch ein obligatorischer Anspruch unter den sonstigen Voraussetzungen zur Ablösung berechtigen müsste.

Von den beiden genannten Autoren gibt Endemann keine Begründung seiner Ansicht, dagegen meint Örtmann, „der innere Grund des Gesetzes trifft auch für sie (d. h. die obligatorisch Berechtigten) zu", und glaubt deshalb die aufgeworfene Frage „bejahen zu dürfen".

[1] Vergl. Motive Seite 691.
[2] Vergl. Protokolle Seite 4436.
[3] S. oben den geschichtlichen Überblick.
[4] Vergl. §§ 577, 873 B. G. B., Artikel 189 E. G. B. G. B.
[5] Anm. 2a zu § 268.
[6] S. 613 No. 13.

Aber die Ansicht, dass auch der innere Grund des Gesetzes für die obligatorisch Berechtigten zutreffe, dürfte keine richtige sein. Schon aus den bisherigen Ausführungen wird man die Anschauung gewonnen haben, dass der § 268 ein ganz exzeptionelles Recht gewährt, das nur eingreift, soweit andere Rechtsbehelfe nicht gegeben sind. Das Wesen des Ablösungsrechts aus § 268 besteht eben darin, dass es Rechte an der Sache schützen und unwiederbringliche Nachteile vom Berechtigten abhalten will. Das trifft aber für obligatorisch Berechtigte nicht zu. Durch die Gewährung des Ablösungsrechtes würde ihnen nicht ein Recht geschützt, da sie ja überhaupt noch keins haben, sondern es würde ihnen gerade im Gegenteil ein Recht verschafft. Auch beträchtliche Nachteile können ihnen nicht dadurch entstehen, dass die fragliche Sache in der Zwangsvollstreckung veräussert wird. Auch sonst ist ja der obligatorisch Berechtigte nicht gegen die Veräusserung seiner Sache geschützt. Denn verkauft der Eigentümer, gegen den er seinen obligatorischen Anspruch erlangt hat, die betreffende Sache nach dem Abschlusse des Vertrages mit jenem an einen Dritten und übergiebt diesem die Sache, so kann der obligatorisch Berechtigte keineswegs von dem Erwerber die Herausgabe verlangen. Er kann wegen etwaiger Entschädigungsforderungen sich nur an den Verkäufer halten.

Dagegen sprechen manche Gründe gegen die Auffassung von Örtmann und Endemann. Zunächst, wie Örtmann[1]) selbst zugiebt, haben obligatorisch Berechtigte noch kein Recht an der Sache erworben, können es füglich also auch nicht verlieren. Zum anderen aber würde die Klassifizierung der Berechtigten, wie Endemann[2]) sie vornimmt — „dingliche Rechte oder Besitz oder ein obligatorisches Recht an dem Gegenstande“ — einen inneren Widerspruch bedeuten. Denn als „Besitzer“ kann nach § 268 nur ein obligatorisch Berechtigter in Betracht kommen; ist er nämlich zugleich dinglich berechtigt, so fällt er ja schon unter die erste Klasse. Wollte man also für § 268 noch die dritte Klasse der obligatorisch Berechtigten aufstellen, so würde das ein Widerspruch sein

[1]) B. G. B. Seite 28, Anm. 2c zu § 268.
[2]) Seite 613.

gegenüber der ausdrücklich genannten Klasse der Besitzer. Obligatorisch Berechtigte würden also zweimal genannt sein: a) wenn sie Besitzer sind, b) wenn sie nicht Besitzer sind. Dem Besitzer ist aber um deswillen das Ablösungsrecht zugestanden, weil er schon durch seine Besitzstellung ein gewisses Anrecht auf Schutz erworben hat, was man von sonstigen obligatorisch Berechtigten nicht sagen kann.[1])

7. Durch die Immobiliarzwangsvollstreckung bedrohte Rechte.

Nach Entscheidung dieser Frage seien zunächst die Rechte einer Betrachtung unterzogen, die durch die Immobiliarzwangsvollstreckung der Gefahr des Untergangs ausgesetzt sind, und zwar zuerst die dinglichen Rechte an Grundstücken. Einen wichtigen Fingerzeig für die Frage, welche Rechte hier in Erwägung kommen, bietet § 52 des Z. V. G. Darnach bleiben alle Rechte insoweit bestehen, als sie bei der Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt, und nicht durch Zahlung zu decken sind, während alle übrigen Rechte erlöschen. Diese Vorschrift entspringt dem sog. Deckungsprinzip, das das Z. V. G. angenommen hat. Welche Rechte nun im geringsten Gebote berücksichtigt werden, ergiebt § 44 des Gesetzes; es sind die dem Anspruch des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte. Da nun der persönliche Gläubiger allen dinglichen Gläubigern des Grundstücks nachsteht, so würde auf den ersten Blick kein einziger dinglich Berechtigter zur Ablösung befugt sein. Aber es können sich verschiedene Komplikationen ergeben.

Das B. G. B. verlangt bei allen dinglichen Rechten an Grundstücken zu ihrer Entstehung Eintragung ins Grundbuch, mit Ausnahme der Überbau- und der Notwegrente (§§ 912 bis 914; 917). Die Rangordnung der Rechte bestimmt sich nach der Eintragung ins Grundbuch (§ 879). Es gehen daher in der Zwangsvollstreckung dem betreibenden persönlichen Gläu-

[1]) Die hier vertretene Ansicht wird geteilt von Dernburg, Bd. II, S. 109 f.; Enneccerus u. Lehmann, I, S. 386; Planck, Anm. 3a zu § 268; Schollmeyer, Anm. 2 b zu § 268; Staudinger, Anm. 1 b zu § 268; Fischer u. Henle, Anm. 2 zu § 268; Kuhlenbeck, Anm. 1 zu § 268. Alle übrigen Kommentatoren des B. G. B. sprechen sich in der Frage nicht aus.

biger Alle vor, die vor der Eintragung des Versteigerungsvermerks ins Grundbuch in demselben als dinglich Berechtigte eingetragen sind. Nun kann es ja vorkommen, dass ein dingliches Recht an dem Grundstück zur Zeit der Einleitung der Zwangsversteigerung desselben besteht, ohne dass eine Eintragung erfolgt ist, z. B. wenn eine Grunddienstbarkeit nach Art. 187 E. G. zum B. G. B. zu der Zeit bestand, in welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen war. Solche Rechte, die ohne eingetragen zu sein Bestand haben, sind aber nichtsdestoweniger spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten anzumelden und eventuell glaubhaft zu machen (§ 37 Z. V. G.), da sie andernfalls nach § 45 bei der Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt werden, daher durch den Zuschlag (vergl. § 91 Z. V. G.) untergehen. Wegen eines solchen Rechtes kann daher im allgemeinen ein Ablösungsrecht nicht gegeben werden. Jedoch wird man es geben müssen, wenn der Berechtigte ohne sein Verschulden sein Recht nicht mehr anmelden konnte; denn in diesem Falle würde sein Recht untergehen, ohne dass es in seiner Macht steht, den Untergang abzuwenden. Gegeben wäre dem Bedrohten das Ablösungsrecht natürlich erst nach der Aufforderung zur Abgabe von Geboten im Versteigerungstermine, weil mit der Aufforderung die Befugnis, das Recht anzumelden, erlischt.

Auch ohne Anmeldung bleibt dagegen nach § 52 Z. V. G. das Recht auf Bezug einer Überbau- und einer Notwegrente bestehen, es gewährt also auch kein Ablösungsrecht. Ebensowenig kann man auch dasselbe solchen Berechtigten geben, deren Recht irrigerweise im Grundbuch gelöscht wurde, denn durch Anmeldung erhalten sie dasselbe.[1])

Im übrigen gibt es nur wenige Fälle bei der Immobiliarzwangsversteigerung, in denen das Ablösungsrecht gewährt werden kann. Fraglich ist es besonders, ob man das Befriedigungsrecht auf Grund solcher dinglichen Rechte am Grundstück geben kann, die erst nach der Einleitung des Verfahrens entstanden sind. Diese Fälle bedürfen einer genaueren Erörterung.

[1]) S. §§ 37 No. 4, 45, 91 Z. V. G.

Nach § 23 Z. V. G. hat die Beschlagnahme des Grundstücks die Wirkung eines Veräusserungsverbots zugunsten des betreibenden Gläubigers. Nach der Beschlagnahme entstandene Rechte würden also nach § 135 B. G. B. dem Gläubiger gegenüber unwirksam sein. Jedoch schützt auch Abs. 2 von § 135 wieder den gutgläubigen Erwerber.

War nun die nach § 873 B. G. B. vorgeschriebene Einigung zustande gekommen und der Antrag auf Eintragung gestellt, bevor die Beschlagnahme des Grundstücks erfolgte, so ist es — vorausgesetzt, dass der Erwerber bei Stellung des Antrages auf Eintragung keine Kenntnis von dem Versteigerungsantrag[1] bezw. der Beschlagnahme hatte — gleichgültig,[2] ob das Recht vor oder nach der Beschlagnahme eingetragen wird. Tatsächlich gelangt es zur Entstehung, und zwar mit Wirksamkeit gegenüber dem betreibenden Gläubiger. Der Berechtigte geht diesem also vor, sein Recht wird in das „Geringste Gebot" aufgenommen, eines Ablösungsrechts bedarf er daher nicht.

Kam die Einigung erst nach der Beschlagnahme, aber vor der Eintragung des Versteigerungsvermerks in das Grundbuch zustande, und wurde ebenfalls in diesem Zwischenraum der Antrag auf Eintragung des zu begründenden Rechts gestellt, so ist der Fall genau derselbe wie oben, wenn der Erwerber z. Zt. der Stellung seines Antrags gutgläubig war. Das Recht kommt mit Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger zur Entstehung.[3] Eines Ablösungsrechts bedarf auch dieser Berechtigte nicht aus denselben Gründen wie oben.[4]

Anders liegt der Fall, wenn die Einigung und die Stellung des Antrags auf Eintragung erst nach der Eintragung des Versteigerungsvermerks in das Grundbuch erfolgt. Denn nach dem letzten Satz des Abs. 2 von § 23 Z. V. G. gilt die Beschlagnahme als bekannt, sobald der Versteigerungsvermerk eingetragen ist. Da aber die Beschlagnahme nur zu Gunsten des betreibenden Gläubigers erfolgt, so ist es dem Schuldner unverwehrt, auch jetzt noch Rechte am Grundstück zu be-

[1] S. Abs. 2 von § 23 Z. V. G.
[2] S. auch § 878 B. G. B.
[3] Ebenso Wolff, S. 68 Abs. 2.
[4] S. auch Wolff, S. 67 No. 4 am Ende.

gründen. Diese haben nur keine Wirksamkeit mehr gegenüber dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger.[1]) Das Recht kommt also zur Entstehung, geht aber dem des Gläubigers nach. Es würde demgemäss, da es nicht in das geringste Gebot aufgenommen wird, nach § 91 Z. V. G. untergehen. Solchen Berechtigten muss, sofern sie beim Erwerb gutgläubig waren, unbedingt das Befriedigungsrecht zugestanden werden. Einmal, weil die sonstigen Voraussetzungen des § 268 B. G. B. vorliegen, hauptsächlich aber, weil das B. G. B. auch stets den guten Glauben schützt. Man kann die Bestimmung, dass nach der Beschlagnahme entstandene Rechte am Grundstücke dem Gläubiger gegenüber unwirksam sind, nicht soweit ausdehnen, dass man etwa nun auch dem gutgläubigen Rechtserwerber das Ablösungsrecht abspricht. Denn jene Bestimmung hat nur den Zweck, den Gläubiger vor Nachteilen zu schützen. Die Gewährung des Ablösungsrechts im vorliegenden Falle würde ihm aber sogar vorteilhaft sein.[2])

War dagegen in den angeführten Fällen der Erwerber nicht im guten Glauben, so liegt kein Grund vor, ihm das Befriedigungsrecht zu geben. Zwar geht sein Recht dem des betreibenden Gläubigers nach, würde auch nach § 91 Z. V. G. untergehen; aber alles dieses konnte er schon beim Erwerb voraussehen, es ist seine eigene Schuld, wenn er benachteiligt wird. Ihm das Ablösungsrecht zu gewähren, würde völlig dem Geist und Zweck des § 268 B. G. B. widersprechen. Denn wie schon mehrfach betont wurde, will § 268 bedrohte Rechte schützen, nicht aber Rechte begründen; und das würde der Fall sein, wenn man bösgläubige Rechtserwerber zur Befriedigung zuliesse.

In einem Falle muss das Ablösungsrecht dem dinglich Vorkaufsberechtigten (§§ 1094 ff. B. G. B.) zugestanden werden. Nach § 1098 in Verbindung mit § 512 B. G. B. kann nämlich das Vorkaufsrecht nicht beim Verkauf des Grundstücks in der Zwangsvollstreckung ausgeübt werden. Ist nun nach § 1097 das Vorkaufsrecht auf den Fall des Verkaufs durch den Eigen-

[1]) S. auch Wolff, Seite 67 Abschnitt 4.

[2]) Der angezogene Fall dürfte auch der von der 1. Kommission (Motive Seite 691) ins Auge gefasste sein.

tümer, welchem zur Zeit der Bestellung das Grundstück gehörte, beschränkt gewesen, so muss es demgemäss beim Verkauf in der Zwangsvollstreckung untergehen. War dagegen das Vorkaufsrecht für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt worden, so kann es nicht untergehen, wenn auch das Grundstück in der Zwangsvollstreckung veräussert wird.[1]) Im erst erwähnten Fall geht also durch die Zwangsvollstreckung das Vorkaufsrecht unter, infolgedessen muss auch dem Vorkaufsberechtigten das Ablösungsrecht zugestanden werden. Im zweiten Fall dagegen ist das Befriedigungsrecht ausgeschlossen, weil das Vorkaufsrecht bestehen bleibt.

Es muss noch einer weiteren Klasse von am Grundstück dinglich Berechtigten die Wohltat des § 268 zugebilligt werden, nämlich den dem betreibenden Gläubiger vorgehenden dinglich Berechtigten, deren Ansprüche auf Rückstände von wiederkehrenden Leistungen durch die Zwangsvollstreckung gefährdet sind. Das sind nach § 1105 B. G. B. Rückstände aus wiederkehrenden Leistungen bei Reallasten, und nach den §§ 1118, 1192, 1199 solche bei Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, ferner nach §§ 912 und 917 solche beim Überbau und Notweg. Das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück wegen Rückstände solcher wiederkehrenden Leistungen erlischt nämlich durch die Zwangsversteigerung. Statt dessen erhalten die Berechtigten aus dem Erlöse der Subhastation Befriedigung nach § 10 Nr. 4 und 6 Z. V. G. Aber diese Befriedigung aus dem Erlöse kann bisweilen, wenn nur ein niedriger Kaufpreis erzielt wird, sehr fragwürdig werden, einen vollen Ersatz kann jedenfalls die Stellung der Berechtigten in der 4. bezw. 6. Klasse bei der Erlösverteilung nicht gewähren. Zudem geht doch tatsächlich ihr Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke wegen der Rückstände unter. Es muss ihnen deshalb das Ablösungsrecht zugestanden werden.[2]) Allen übrigen am Grundstück dinglich Berechtigten ist das Ablösungsrecht zu versagen.

---

[1]) Dies ergiebt sich daraus, dass, falls für alle Verkaufsfälle das Verkaufsrecht bestellt ist, es auch nicht untergeht, wenn es das eine oder andere Mal nicht ausgeübt wird. Vergl. Matthiass II. Seite 114, 2.

[2]) Auch die Kommissionsprotokolle S. 4436 führen diesen Fall auf.

An dieser Stelle sei auch gleich die Frage erörtert, ob eine Vormerkung den dinglichen Rechten gleichzustellen ist, die für die Gewährung des Befriedigungsrechts im § 268 in Betracht kommen. Die Frage wird von Schollmeyer bejaht,[1]) und mit Recht! Zwar ist die Vormerkung noch kein dingliches Recht, aber in ihren Wirkungen ist sie doch tatsächlich einem eingetragenen dinglichen Rechte völlig gleichgestellt;[2]) sie hat die Wirkungen eines bedingten Rechtes. Auch die Bedeutung der Vormerkung für die Zwangsvollstreckung ist bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Das Z. V. G. bestimmt ausdrücklich im § 48, dass Vormerkungen wie eingetragene Rechte zu behandeln sind. Da sie also einerseits, wenn sie dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger im Range vorgehen, bei der Feststellung des geringsten Gebotes zu berücksichtigen sind, so liegt andererseits auch kein Grund vor, einem aus einer Vormerkung Berechtigten das Ablösungsrecht ohne weiteres zu versagen, wenn er im Range dem betreibenden Gläubiger nachsteht.

Rechte an Immobilien sind es aber nicht allein, die durch die Zwangsversteigerung des Gesetzes vom 24. März 1897 bedroht sind, auch Rechte an Mobilien können, wie schon oben erwähnt wurde, der Gefahr des Untergangs in der Immobiliarzwangsversteigerung ausgesetzt sein, da ja nach §§ 20, 21 Z. V. G. die Beschlagnahme des Grundstücks auch Mobilien umfasst. Entsprechend dem § 865 C. P. O., wenn auch mit gewissen Einschränkungen, bestimmen diese Paragraphen, dass die Beschlagnahme des Grundstücks sich auch auf die wesentlichen Bestandteile desselben, also auch die nichtgetrennten Erzeugnisse, sowie auf die unwesentlichen Bestandteile ausser den Ansprüchen aus einem mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Rechte auf wiederkehrende Leistungen erstreckt. Freilich darf dadurch nach § 21 Abs. 3 das Recht des Pächters auf Fruchtgenuss nicht verletzt werden. Mitbeschlagnahmt werden ferner das Zubehör und Versicherungsforderungen; letztere aber, sofern sie für Erzeugnisse bestehen, nur insoweit,

[1]) Seite 76 im Kommentar zum B. G. B.

[2]) S. auch Protokolle Seite 3508 ff.

als die Erzeugnisse noch nicht bei der Beschlagnahme vom Boden getrennt, oder als Zubehör zu betrachten waren.

Für das Ablösungsrecht können zunächst Rechte an den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks nicht in Betracht kommen, da die letzteren nach § 93 B. G. B. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Eine Ausnahme machen nur die stehenden oder hängenden Früchte, die nach § 810 C. P. O. auch der Mobiliarpfändung unterliegen. Würde nur zu Gunsten des persönlichen Gläubigers die Beschlagnahme über das Grundstück verhängt, so würde an und für sich diese sich auch auf die stehenden und hängenden Früchte erstrecken. Nimmt man aber den Fall, dass diese schon vorher nach § 810 C. P. O. von einem anderen Gläubiger gepfändet worden sind, so kann dieser Gläubiger gemäss § 771 C. P. O. mit der Widerspruchsklage gegen den Beschlagnahmegläubiger vorgehen und die Beschlagnahme hinsichtlich der schon seinem Pfändungspfandrecht unterliegenden Gegenstände unwirksam machen. Denn sein Pfändungspfandrecht begründet ein die Veräusserung hinderndes Recht, wie es § 771 C. P. O. fordert, da es ja nach § 804 C. P. O. einem durch Vertrag erworbenen Faustpfandrecht gleichsteht. Hat aber der Pfändungspfandgläubiger die Widerspruchsklage, so muss ihm das Ablösungsrecht versagt werden. Andererseits hat aber auch der Beschlagnahmegläubiger kein Ablösungsrecht gegenüber dem vorgehenden Pfändungspfandgläubiger, wenn dieser vom Rechte des § 771 C. P. O. Gebrauch macht; denn durch die Beschlagnahme hat er noch kein dingliches Recht an den Gegenständen gewonnen, sondern es besteht nur zu seinen Gunsten ein Veräusserungsverbot. Etwa § 805 C. P. O. an Stelle des § 771 heranzuziehen, wäre im erörterten Falle nicht richtig.[1]) Denn die Beschlagnahme der §§ 20 ff. Z. V. G. ist keine Pfändung im Sinne der C. P. O., sondern hat, wie schon oben betont, nur die Wirkung eines Veräusserungsverbots zu Gunsten des betreibenden Gläubigers Ausserdem ist das Pfändungspfandrecht nicht ein derartiges Pfand- oder Vorzugsrecht, wie es im § 805 vorliegen muss.[2])

[1]) Ebenso Weissbart S. 29.

[2]) Vergl. Sydow u. Busch, Anm. 3 zu § 805.

Auch Abs. 2 des § 810 C. P. O. kann für die Immobiliarzwangsvollstreckung nicht in Betracht kommen, da, abgesehen davon, dass der persönliche Gläubiger kein Gläubiger ist, „der ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück hat", sich der Streit um das Vorrecht völlig ausserhalb der Immobiliarzwangsvollstreckung abspielt.[1])

Dass die stehenden und hängenden Früchte gemäss § 810 C. P. O. nach der Beschlagnahme des Grundstücks gepfändet werden, ist nicht gut denkbar. Jedenfalls würde diese Pfändung völlig rechtswidrig, infolgedessen auch ohne jede Wirkung sein. Ein Ablösungsrecht könnte daher, weil ja der Pfändungspfandgläubiger kein Recht erworben hätte, nicht gewährt werden.

An Zubehör können dingliche Rechte bestehen; jedoch ist zu bemerken, dass nach § 865 C. P. O. Zubehör im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung überhaupt nicht gepfändet werden kann.[2])

Von dinglichen Rechten können nun nach B. G. B. an beweglichen Gegenständen ausser Eigentum nur Niessbrauch und Faustpfand bestehen. Steht mitbeschlagnahmtes Zubehör im Eigentum eines Dritten, so hat er ein die Veräusserung hinderndes Recht, hat also die Widerspruchsklage nach § 771 C. P. O., demgemäss kein Ablösungsrecht.

Bezüglich der beiden andern Rechte sind nun zwei Fälle zu unterscheiden; entweder sind sie vor der Beschlagnahme zur Entstehung gelangt, oder nach derselben.

Für den ersten Fall gilt folgendes. Befindet sich ein Zubehörsgegenstand, an dem ein Niessbrauch oder ein Faustpfand bestellt worden ist, zur Zeit der Wirksamkeit der Beschlagnahme nicht mehr auf dem Grundstück, so kann er auch nicht von der Beschlagnahme umfasst werden, weil er nicht mehr als Zubehör anzusehen ist. Befindet er sich dagegen zu der angegebenen Zeit auf dem Grundstück, was ja allerdings

[1]) S. Wolff, Anm. 6 zu § 20, Seite 62.

[2]) Unverständlich ist es, wenn Weissbart S. 30 sagt: „so kann hier (sc. an Zubehör) nach eingeleiteter Zwangsversteigerung eine Pfändung nicht erfolgen"; *argumento e contrario* will also Weissbart eine Pfändung von eingeleiteter Zwangsversteigerung zulassen, was dem § 865 C. P. O. doch vollständig widerspricht. Vergl. auch Sydow u. Busch, Anm. 6 zu § 865.

nicht ganz dem Wesen des Niessbrauchs und des Faustpfandes entspricht, da diese Besitz voraussetzen,[1]) so ist das Ablösungsrecht um deswillen ausgeschlossen, weil ja sowohl Niessbraucher als auch Faustpfandgläubiger ein die Veräusserung hinderndes Recht, also die Widerspruchsklage nach § 771 C. P. O. haben. Beim Faustpfand muss allerdings die Einschränkung aus § 1253 B. G. B. gemacht werden. Ist nämlich der Zubehörsgegenstand in der Weise auf das Grundstück zurückgekommen, dass der Pfandgläubiger dem Grundstückseigentümer selbst die Sache zurückgegeben hat, so ist ja das Pfandrecht erloschen; im übrigen aber wird er die Vermutung des Abs. 2 von § 1253 leicht zerstören, daher die Widerspruchsklage anstellen können.

Ging aber die Beschlagnahme der Niessbrauchs- bezw. Pfandbestellung voraus, so muss es auf den guten Glauben des Rechtserwerbers ankommen. § 1121 B. G. B. kann jedoch für die Entscheidung in dieser Hinsicht nicht in Betracht kommen, da er sich nur mit dem Falle beschäftigt, wenn Zubehörstücke „veräussert und von dem Grundstücke entfernt werden"; denn Niessbrauchs- und Pfandbestellung an Zubehör ist keine Veräusserung desselben.[2]) Vielmehr entscheidet hier § 23 Z. V. G. Es muss nämlich hier ein ausgedehnterer Schutz des gutgläubigen Erwerbers Platz greifen, als bei dinglichen Rechten an Grundstücken, da ja bei deren Bestellung der Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuch ersichtlich macht, dass die Beschlagnahme eingetreten ist.

Das nach der Beschlagnahme bestellte Recht an Zubehör ist dem betreibenden Gläubiger gegenüber wirksam, wenn der Erwerber desselben im guten Glauben war. Er geht alsdann dem betreibenden Gläubiger vor, hat daher die Widerspruchsklage nach § 771 C. P. O. und infolgedessen kein Ablösungsrecht.

Aber auch dem Rechtserwerber im bösen Glauben muss das Ablösungsrecht versagt werden. An und für sich kommt ja jenes Recht zur Entstehung; es ist jedoch gemäss § 23 Z. V. G. und § 135 B. G. B. dem Gläubiger gegenüber unwirksam und

[1]) Vergl. §§ 1205 ff, 1032 B. G. B.
[2]) S. auch Wolff, Anm. 5 zu § 20, Seite 59 unter β.

dem Untergange ausgesetzt. Es muss hier also dasselbe gelten, was oben gegen die Gewährung des Ablösungsrechtes an solche Personen gesagt wurde, die nach der Beschlagnahme bösgläubig dingliche Rechte am Grundstück erworben haben Dem Geist und Zweck des § 268 B. G. B. entspricht es nicht, bösgläubigen Rechtserwerbern das Ablösungsrecht zu geben; das hiesse vielmehr dem *dolus* Vorschub leisten. Zweck des Ablösungsrechts ist der Schutz bedrohter Rechte, d. h. solcher Rechte, deren Inhaber ohne besonderes eigenes Verschulden gefährdet sind, nicht aber die Begründung von Rechten für dolose Personen: Sie wussten, oder haben nur infolge grober Fahrlässigkeit[1]) beim Erwerbe des Rechts nicht gewusst, dass der Schuldner nicht mehr über die Sachen verfügen durfte. Sie haben also zum Teil das Rechtsgeschäft nur vorgenommen, um das Ablösungsrecht zu erhalten und so den betreibenden Gläubiger aus seiner Stellung zu setzen. Dass diesem dadurch kein Schaden entsteht, da er ja völlig befriedigt wird, ist richtig; andererseits aber hätten es dritte Personen bei einigermassen gutem Willen des Schuldners stets in der Hand, auf dolose Weise die Zwangsvollstreckung zu vereiteln. Und dem Wesen des § 268 entspricht es nicht, derartige Machinationen zuzulassen, mag vielleicht auch der Dritte in guten Absichten handeln wollen. Denn das Recht des § 268 ist nicht zugunsten des Schuldners gegeben, für den die Vorschriften des § 267 B. G. B. genügenden Schutz bieten. Diesen Gesichtspunkt übersieht Weissbart (S. 30) vollständig, wenn er dem bösgläubigen Rechtserwerber das Ablösungsrecht zugestehen will.

Was über Rechte an Zubehör ausgeführt wurde, gilt in gleicher Weise für Rechte an Versicherungsforderungen, soweit sie durch die Beschlagnahme des Grundstücks mitbetroffen werden (s. oben). Auch an diesen ist Niessbrauchs- und Faustpfandbestellung möglich.[2]) Sind nun die Rechte vor der Beschlagnahme entstanden, so ist die Widerspruchsklage nach § 771 C. P. O. gegeben. Da Versicherungsforderungen nicht in das Grundbuch eingetragen werden, so muss für die an

[1]) Vergl. § 932, Abs. 2 B. G. B.
[2]) Vergl. §§ 1068, 1273 B. G. B.

ihnen bestellten Rechte auch dasselbe gelten, wie für an Zubehör bestellten: Wenn das Recht erst nach der Beschlagnahme begründet ist, und zwar im guten Glauben, so steht dem Berechtigten der Weg der Widerspruchsklage offen, dem bösgläubigen ist diese ebenso wie das Ablösungsrecht versagt.

Dass dingliche Rechte an unwesentlichen Bestandteilen des Grundstücks, die gleichfalls – abgesehen von Ansprüchen aus einem mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundenen Rechte auf wiederkehrende Leistungen[1]) — von der Immobiliarzwangsvollstreckung mitumfasst werden, bestehen könnten, ist schwer denkbar.[2]) Es erübrigt sich daher eine Erörterung, ob sie für das Ablösungsrecht in Betracht kommen.

Dagegen ist an Versicherungsforderungen nach § 865 C. P. O. ein Pfändungspfandrecht möglich. Erfolgt nun die Pfändung vor der Beschlagnahme, so findet § 771 C. P. O. Anwendung; im andern Falle ist sie unwirksam und gewährt natürlich auch kein Befriedigungsrecht.

Das Ablösungsrecht muss sich entsprechend dem völlig andern Wesen der Zwangsverwaltung im Verhältnis zur Zwangsversteigerung dort auch wesentlich anders gestalten. Denn das Grundstück wird[3]) in seinem wirtschaftlichen Bestande völlig erhalten; es gehen also keine Rechte am Grundstücke selber unter. Dagegen werden, da ja die Zwangsverwaltung bezweckt, dem Gläubiger die Nutzungen zur Befriedigung zu gewähren, die Erträge in wesentlich höherem Masse von der Beschlagnahme berührt, infolgedessen auch die daran bestehenden Rechte. Es sei bemerkt, dass nach § 148 Z. V. G. die für die Beschlagnahme bei Zwangsversteigerung geltenden Ausnahmen von der Bestimmung des § 20 Z. V. G., dass die Beschlagnahme auch alle Gegenstände umfasst, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt, für die Zwangsverwaltung wegfallen. Dies hat die Wirkung, dass daher auch Miets- und Pachtzinsen, getrennte Erzeugnisse, die nicht Zubehör sind, und Versicherungsforderungen ohne jede Ausnahme bei Einleitung der Zwangsverwaltung *ipso jure* mitbeschlag-

[1]) Vergl. § 21 Z. V. G.
[2]) Vergl. Wolff S. 59.
[3]) Vergl. § 152 Z. V. G.

nahmt werden. An allen diesen Gegenständen ist gleichfalls Niessbrauchs- und Pfandbestellung möglich, sie unterliegen auch sämtlich der Mobiliarzwangsvollstreckung nach § 865 C. P. O. Eine besondere Erörterung dieser Fälle, insbesondere inbezug darauf, wann das Ablösungsrecht gegeben ist, dürfte entbehrlich sein, da hier dasselbe gelten muss, wie in den oben eingehend behandelten Fällen. Erwähnt sei nur noch, was besonders für den guten Glauben der Erwerber von Rechten an diesen Gegenständen wichtig ist, dass bei der Zwangsverwaltung die Beschlagnahme in drei verschiedenen Zeitpunkten wirksam werden kann. Einmal nämlich, ebenso wie bei der Zwangsversteigerung, mit Zustellung des Beschlusses über die Anordnung der Zwangsvollstreckung an den Schuldner;[1] die Beschlagnahme wird ferner wirksam, sobald das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerks dem Grundbuchamt zugeht, „sofern auf das Ersuchen die Eintragung demnächst erfolgt“,[2] ausserdem aber nach § 151 Z. V. G. mit der Besitzergreifung des Grundstücks durch den Verwalter.

8. Durch die Mobiliarzwangsvollstreckung bedrohte Rechte.

Einfacher als bei der Immobiliarzwangsvollstreckung gestaltet sich die Frage, bei welchen Rechten das Ablösungsrecht zu geben ist, bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

Wie schon oben bemerkt, können an beweglichen Gegenständen als dingliche Rechte für § 268 nur Niessbrauch und Pfandrechte in Betracht kommen. Solche Rechte müssen in der Mobiliarzwangsvollstreckung mit dem Untergang bedroht sein, wenn ein Ablösungsrecht gegeben werden soll. Wann jene Gefahr vorliegt, ergiebt sich aus § 1242 B. G. B. Durch die Pfändung nach C. P. O. § 804 erwirbt nämlich der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand; es sind demnach die einschlägigen Bestimmungen des B. G. B. über das Vertragspfand zur Auslegung heranzuziehen. Nach § 1242 B. G. B. gehen nun durch die rechtmässige Veräusserung des

[1] S. S. 22 Z. V. G., Satz 1.
[2] S. ebenda Satz 2.

Pfandes alle Pfandrechte an der Sache, sowie jeder Niessbrauch, ausgenommen den allen Pfandrechten im Range vorgehenden, unter.

Bezüglich des Ablösungsrechts ist zwischen Pfand- und Niessbrauchsrechten zu unterscheiden.

Was das dem besten Pfandrechte vorgehende Niessbrauchsrecht betrifft, so bleibt dieses ja, wie vorerwähnt, bei der Veräusserung der gepfändeten Sache bestehen; es ist also regelmässig einer Gefahr nicht ausgesetzt. Im Notfalle aber würde die Widerspruchsklage aus § 771 C. P. O. zu seinem Schutze Platz greifen, und ein Ablösungsrecht kann daher nicht gewährt werden. Für nachgehende Niessbrauchsrechte begründet jedoch jene Veräusserung den Untergang; da hier ein anderer Rechtsbehelf nicht gegeben ist, so muss, um die Gefahr des Unterganges ihres Rechtes zu beseitigen, den betreffenden Niessbrauchern das Ablösungsrecht zugestanden werden.

Auch für die bedrohten Pfandrechte an dem gepfändeten Gegenstand ist das Ablösungsrecht von Wichtigkeit; sowohl vor- wie nachgehende Pfandrechte gehen nach § 1242 B. G. B. durch die rechtmässige Veräusserung unter. Die Widerspruchsklage ist Pfandgläubigern hier nicht gegeben; dafür haben freilich nach § 805 C. P. O. vorgehende Pfandgläubiger das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse. Aber dieses Vorzugsrecht an dem Erlöse kann selbstverständlich der durch die erfolgreich durchgeführte Widerspruchsklage erlangten Rechtsstellung nicht gleichgeachtet werden. Es ist etwas vollständig anderes, ob man ein Pfandrecht an einem Gegenstande behält, oder ob man wegen seiner Forderung vor der Fälligkeit, da ja nach § 805 das Vorzugsrecht am Erlöse ganz unabhängig von der Fälligkeit der Forderung ist, befriedigt wird. Und es ist noch sehr zweifelhaft, ob der Erlös zur völligen Befriedigung ausreicht, da ja die Kosten des Verfahrens vorweggehen. Besonders zweifelhaft muss der Wert des Vorzugsrechtes am Erlöse bleiben, wenn mehrere Vorzugsberechtigte vorhanden sind, wobei wohl der eine oder der andere stets leer ausgehen wird. Jedenfalls dürfte klar sein, dass das „Recht an dem Gegenstande“ selber, wovon nach § 268 das Ablösungsrecht abhängig ist, untergeht, mag der Erlös ausfallen, wie er will.

Daher muss den vorgehenden Faustpfandgläubigern das Ablösungsrecht zugestanden werden.[1]) Aber ebenso den nachstehenden,[1]) umsomehr, da sie beim Verkauf des Pfandes nur auf den etwaigen Überschuss des Erlöses angewiesen wären (vergl. § 1247 Satz 2 B. G. B.). Dass ein Vertragspfand noch nach der Pfändung des Gegenstands begründet wird, dürfte allerdings selten vorkommen. Undenkbar ist aber der Fall nicht, denn ein Pfandrecht erlischt nach § 1253 B. G. B. durch Besitzverlust nur, wenn das Pfand dem Verpfänder (hier dem Eigentümer) vom Pfandgläubiger zurückgegeben wird. Kommt also der gepfändete Gegenstand wider Willen des Pfändenden in den Besitz des Gepfändeten zurück, so kann ein neues Faustpfand an demselben ohne weiteres von dem Eigentümer rechtsgültig begründet werden.

Keinem Zweifel kann es aber unterliegen, dass nachstehende Pfändungspfandgläubiger kein Ablösungsrecht haben. Ihr Recht an dem Gegenstande geht freilich ja auch durch die Veräusserung unter. Aber ebensowenig, wie man dem Pfändungspfandgläubiger ein Ablösungsrecht gegen ihm vorgehende Faustpfandgläubiger gewähren könnte, da er ja durch sein Pfandrecht die Veräusserung des Gegenstandes zu seiner Befriedigung betreibt, ebensowenig kann man das Befriedigungsrecht dem Pfandgläubiger, der sein Recht durch Anschlusspfändung nach § 826 f. C. P. O. erworben hat, zugestehen. Würde man es ihm geben, so hätte jeder Besitzer einer vollstreckbaren Forderung es in der Hand, sich durch Anschlusspfändung ein Ablösungsrecht zu verschaffen.

9. Was bedeutet Besitzverlust?

Die zweite Klasse der Ablösungsberechtigten umfasst nach § 268 diejenigen Dritten, die durch die Zwangsvollstreckung den Besitz einer Sache verlieren würden, gleichgültig ob den mittelbaren oder unmittelbaren. Von vornherein ausgeschlossen ist selbstverständlich der Besitzdiener, da er ja überhaupt keinen Besitz hat.

[1]) Ebenso Weissbart Seite 26.

Für die Mobiliarzwangsvollstreckung lassen sich Fälle der Gefahr des Besitzverlustes mit deshalb gegebenem Ablösungsrecht nur schwer konstruieren. Ist zunächst der Schuldner im unmittelbaren Besitz der Sache, in welche zwangsvollstreckt werden soll, so kann ein Dritter, für den das Befriedigungsrecht von Bedeutung sein könnte, nur ein mittelbarer Besitzer sein. Ist die Sache aber beim Schuldner gepfändet, so ist sowohl dessen unmittelbarer Besitz, als auch der mittelbare Besitz des Dritten regelmässig erloschen. Der Besitz des Schuldners, weil der Gerichtsvollzieher ihn durch die Pfändung für den Gläubiger erlangt hat (§ 808, Abs. 1 C. P. O.), und selbst wenn die gepfändete Sache im Gewahrsam des Schuldners (s. Abs. 2 von § 808) bleibt, so ist doch dieser nur Besitzdiener. Der mittelbare Besitz des Dritten ist aber regelmässig erloschen, weil der unmittelbare Besitzer den Besitz verloren hat.[1]) Der dritte mittelbare Besitzer verliert also schon in demselben Augenblick den Besitz, wo er erst nach den obigen Ausführungen auf Seite 25 das Ablösungsrecht geltend machen kann, nämlich mit der Pfändung; er kann also überhaupt nicht für das Ablösungsrecht in Betracht kommen.

Ebensowenig aber der unmittelbare Drittbesitzer. Nach § 809 C. P. O. kann der Gerichtsvollzieher eine dem Schuldner gehörige Sache, die sich im Gewahrsam eines Dritten befindet, nur dann pfänden, wenn dieser zur Herausgabe bereit ist. Der Dritte ist also niemals verpflichtet, die Sache herauszugeben, befindet sich also auch nicht in der Gefahr des Besitzverlustes. Gibt er aber die Sache freiwillig heraus, so kann ihm das Ablösungsrecht schon deshalb nicht zugestanden werden, weil alsdann mit der Pfändung sein Besitz regelmässig erloschen sein wird (vergl. oben). Hat dagegen der Gerichtsvollzieher trotz seines Widerspruchs gepfändet, so ist die Pfändung unrechtmässig, also Widerspruchsklage gegeben.[2])

Wichtig für den Fall des Besitzverlustes ist es aber nun, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe einer Sache betreibt. Sicherlich wird dadurch der Besitz Dritter bedroht; aber ob das

[1]) S. hierzu Enneccerus und Lehmann II, S. 20.
[2]) Vergl. Sydow u. Busch, Anm. 2 zu § 805.

Befriedigungsrecht gewährt werden kann, ist nicht so ohne weiteres zu entscheiden. Planck[1]) erklärt sich in bejahendem Sinne, aber ohne Begründung, Schollmeyer[2]) dagegen verneint die Frage entschieden, und für den Regelfall wohl mit Recht; man kann seinen Ausführungen wohl zustimmen. Denn wenn ein Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den Dritten besteht, so ist dieser ihm gegenüber nicht zum Besitz berechtigt. Nach dem das B. G. B. durchziehenden Grundsatz von Treu und Glauben will das Gesetzbuch auch nur den Berechtigten schützen, nicht aber den Unberechtigten. Lässt sich also der Gläubiger den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache zur Einziehung überweisen, so „macht er", wie Schollmeyer beizustimmen ist, „den Anspruch des Entsetzten geltend. Deshalb muss der eigenmächtige Besitzer in solchem Fall dem Zwangsvollstreckungsgläubiger gerade so weichen, wie er dem Entsetzten selber weichen müsste." Der Grund seines Besitzverlustes ist dann eben nicht die Zwangsvollstreckung, sondern das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Schuldner. Einer weiteren Begründung bedarf es wohl aber nicht, dass der Dritte dem neuen Gläubiger gegenüber dieselben Einreden geltend machen kann, die er gegen den bisherigen Gläubiger (hier also den „Schuldner" des § 268) hätte; also hauptsächlich die Einrede aus § 861 Abs. 2 B. G. B., und wenn er den Besitz nicht durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hatte, aus § 1000 B. G. B. wegen Verwendungen auf die Sache.

Eine Ausnahme kann nur der von Weissbart[3]) aufgeführte Fall bilden; hier müsste also dem Drittbesitzer das Ablösungsrecht zustehen. Dieser Fall liegt vor, wenn ein Gläubiger den Anteil eines Miteigentümers pfänden lässt, während die Aufhebung der Gemeinschaft für immer oder auf Zeit ausgeschlossen war oder vom Ablauf einer Kündigungsfrist abhing, und — das muss hier hinzukommen — der gepfändete Miteigentümer vom Besitz ausgeschlossen war, wie

[1]) Anm. 3 b zu § 268.
[2]) Seite 76—77.
[3]) Seite 33 f.

man den Fall gegenüber Weissbart erweitern kann. Denn diese letztere Vereinbarung wirkt nicht gegenüber dem einen Anteil pfändenden Gläubiger (§ 751 B. G. B.). Hier ist also nicht das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, sondern tatsächlich die Zwangsvollstreckung die Ursache des Besitzverlustes oder wenigstens teilweisen Besitzverlustes der besitzenden Miteigentümer. In diesem Fall muss also den im Alleinbesitz bedrohten Miteigentümern das Ablösungsrecht zugestanden werden.

In ganz anderer Weise kommt dagegen bei der Immobiliarzwangsvollstreckung für durch diese im Besitze bedrohte Dritte das Ablösungsrecht zur Geltung. Denn während im allgemeinen nach dem B. G. B. ein Drittbesitzer dem Erwerber einer Sache die Herausgabe verweigern kann, sofern er dem bisherigen Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist (§ 986), ist diese Bestimmung für den Erwerb in der Immobilienzwangsversteigerung weggefallen. Nach § 93 Z. V. G. kann nämlich der Ersteher auf Grund des Zuschlags von dem Besitzer des Grundstücks oder einer mitversteigerten Sache die Räumung bezw. Herausgabe verlangen, ausgenommen vom Mieter oder Pächter. Infolgedessen muss Allen, die durch diesen Herausgabeanspruch den Besitz an dem Grundstück oder einer mitversteigerten Sache verlieren würden, das Ablösungsrecht zugestanden werden. Derartige obligatorisch zum Besitz Berechtigte würden also sein der Entleiher (§ 598 B. G. B.), der Käufer des Grundstücks, der Besitzer geworden ist, bevor die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgte,[1]) sofern der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet ist,[2]) und ähnliche Fälle, etwa der Beschenkte unter denselben Voraussetzungen, wie der eben genannte Käufer. Solche Besitzer aber, die nicht zum Besitz gegenüber dem Schuldner berechtigt sind, können nach den obigen Ausführungen kein Ablösungsrecht haben.

[1]) §§ 873, 925 B. G. B.

[2]) Würde die letztere Bedingung nicht hinzugefügt, so wäre ja der Käufer noch nicht zum Besitz berechtigt, bevor die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgte.

Schon oben wurde betont, dass gegen Mieter oder Pächter der Ersteher des Grundstücks keinen Anspruch auf Räumung oder Herausgabe hat. Trotzdem muss auch diesen das Ablösungsrecht gewährt werden. Denn wenn auch nach § 57 Z. V. G. der Ersteher vollständig in die Stellung des bisherigen Eigentümers einrückt, so hat er doch nach dessen Abs. 2 das Recht, ein Miets- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Nimmt man nun den Fall, dass der Miets- oder Pachtvertrag auf längere Zeit abgeschlossen war, so würde naturgemäss die Kündigung einen Besitzverlust für den Mieter oder Pächter bedeuten, indem sein Besitz früher endigt, als nach seinem Miets- oder Pachtvertrag vorauszusehen war. Auch hier würde also die Zwangsvollstreckung die Ursache des — wenn auch nur vorzeitigen — Besitzverlustes sein; daher muss dem Mieter oder Pächter unter der genannten Bedingung das Ablösungsrecht gegeben werden.[1] Sollte etwa der Ersteher nach § 93 Z. V. G. auch gegen sie die Herausgabe oder Räumung auf Grund des Zuschlags betreiben, was ja denkbar wäre, da im § 93 nur eine „Soll"vorschrift zugunsten des Mieters und Pächters besteht, so schützt diese die Widerspruchsklage aus § 771 C. P. O.

In der Zwangsverwaltung ist dagegen das Ablösungsrecht wieder mehr beschränkt. Mieter und Pächter, die vor der Beschlagnahme den Besitz des Grundstücks erlangten, haben kein Ablösungsrecht, da ihre Stellung nach § 152 Abs. 2 Z. V. G. dieselbe bleibt. Denn der Verwalter hat nur das Kündigungsrecht, das dem Schuldner zustand;[2] infolgedessen wäre die Kündigung nicht als auf der Zwangsvollstreckung beruhend aufzufassen, sondern als Folge des Rechtsverhältnisses zwischen Schuldner und Pächter bezw. Mieter.[3] Ist dagegen die Übertragung an den Mieter oder Pächter erst nach der Beschlagnahme erfolgt, so sind diese dem Verwalter gegenüber nicht zum Besitz berechtigt, sie müssen also, da ihr Besitz bedroht ist, das Ablösungsrecht erhalten. Da ausser Mieter und Pächter

[1] Ebenso Planck Anm. 3 b, Schollmeyer 2 b zu § 268.
[2] Vergl. Wolff, Anm. 12 zu § 152.
[3] Vergl. die obigen Ausführungen.

kein sonstwie zum Besitz Berechtigter nach § 152 Z. V. G. in der Zwangsverwaltung vor Besitzentsetzung geschützt ist, der Besitz also untergehen würde, so ist auch solchen Besitzern[1]) das Ablösungsrecht nicht zu versagen.

10. Zusammentreffen mehrerer Ablösungsberechtigter.

Die vorgehenden Erörterungen zeigen, dass die Zahl der Ablösungsberechtigten bisweilen eine recht grosse ist. Es kann daher auch wohl leicht vorkommen, dass mehrere durch die Zwangsvollstreckung mit dem Verlust ihres Rechtes oder Besitzes bedrohte Dritte vom Ablösungsrecht Gebrauch machen wollen. Es fragt sich nun, ob vielleicht der eine oder der andere mit seinem Ablösungsrecht vorgeht, kurz gesagt, ob eine bestimmte Rangordnung für die Geltendmachung des Ablösungsrechtes besteht.

Die Frage ist zu verneinen; weder § 268 noch ein anderer Paragraph des B. G. B. enthält eine dahingehende Bestimmung. Schon die erste Kommission lehnte bei Beratung des heutigen § 1150 eine Regelung der Frage ab, da „keine Veranlassung bestehe, in dieser Hinsicht eine besondere Bestimmung zu geben".[2]) Trotzdem kann die Frage hier nicht mit Stillschweigen übergangen werden.

Einer Beweisführung bedarf es wohl zunächst nicht, dass, wenn der Gläubiger von einem Ablösungsberechtigten die Leistung angenommen hat, gegen ihn ein weiteres Ablösungsrecht nicht geltend gemacht werden kann; denn er ist ja befriedigt und seine Forderung auf den Ablösenden übergegangen. Selbst wenn er nach seiner Befriedigung nochmals die Leistung von einem anderen Ablösungsberechtigten annimmt, erwirbt dieser doch kein Recht gegen den Schuldner, sondern hat nur den Rückforderungsanspruch gegen den bisherigen Gläubiger, da dieser ja keine Verfügungsmacht mehr über die Forderung gegen den Schuldner hatte.

Nimmt man den anderen Fall, dass etwa mehrere Ablösungsberechtigte gleichzeitig dem Gläubiger die Leistung an-

[1]) Die einzelnen Fälle vergl. oben.

[2]) Vergl. Motive Seite 692.

bieten, so muss man jedenfalls dem Gläubiger vollständig die Wahl lassen, diejenige Leistung anzunehmen, die er will. In Annahmeverzug kommt er ja dadurch nicht, dass er von vielleicht drei gleichzeitigen Angeboten die zwei ersten ausschlägt, sofern er nur das dritte annimmt. Selbstverständlich befindet er sich aber in Annahmeverzug, wenn er alle Angebote zurückweist. Wie aber, wenn im letztangenommenen Falle die abgewiesenen Berechtigten jeder für sich den Betrag hinterlegen, indem sie nach § 378 B. G. B. auf die Rücknahme verzichten? Mit der Hinterlegung unter Rücknahmeverzicht ist nach § 378 B. G. B. der Gläubiger befriedigt, die Forderung also, wie unten zu erörtern bleibt, durch *cessio legis* auf den Hinterlegenden übergegangen. Selbstverständlich muss hierbei Prävention entscheiden, denn durch die frühzeitigste Hinterlegung ist schon die Forderung des Gläubigers getilgt, also auf den Hinterleger die Forderung übergegangen Weitere Komplikationen müssen sich ergeben, wenn von verschiedenen Berechtigten aufgerechnet wird. Da die Aufrechnung durch Erklärung erfolgt (§ 388 B. G. B.), so muss auch hier Prävention entscheiden, da ja die Folgen unabhängig vom Willen des Gläubigers eintreten. Die Erklärung, die dem Gläubiger zuerst zugeht, ist die massgebende; durch sie wird die Forderung schon ohne weiteres getilgt, selbstverständlich unter gleichzeitigem Übergang auf den Aufrechnenden. Schwierig ist nur der Fall, dass die Deponierung oder Aufrechnung von mehreren Berechtigten zu gleicher Zeit geschieht. Aber auch hier kann man dem Gläubiger die Entscheidung nicht überlassen, welche Leistungen er annehmen will, weil in diesen Fällen ja die Wirkungen ohne sein Zutun eintreten. Man muss hier, da jeder Anhalt fehlt, nach der *ratio legis* entscheiden. Und da ja das Wesen des § 268 darin besteht, bedrohte Rechte zu schützen, so erscheint es mir am angemessensten, dass derjenige vorgeht, der den grössten Schaden durch die Zwangsvollstreckung erleiden würde.

Mutatis mutandis muss ähnliches gelten, wenn nach § 267 B. G. B. der Gläubiger von Mehreren die Leistung angeboten erhält. Da hier Dritte kein Ablösungsrecht haben, so können sie durch Angebot den Gläubiger nur in Annahme-

verzug setzen; Hinterlegung und Aufrechnung steht ihnen nicht zu. Bieten also Mehrere dem Gläubiger die Leistung an, so kann er diejenige annehmen, die er will. Lehnt er alle ab, so kommt er in Annahmeverzug, kann diesen aber dadurch heilen, dass er ein später erfolgendes Angebot annimmt. Modifiziert werden diese Beispiele selbstverständlich durch den Widerspruch des Schuldners, wodurch die Entstehung des Annahmeverzuges verhindert wird.

III. Ausübung des Ablösungsrechtes.

Liegen die Voraussetzungen, wie sie bisher dargestellt wurden, vor, so hat der Dritte ein selbständiges Recht, den Gläubiger wegen seiner Forderung zu befriedigen. Und zwar hat er ein selbständiges Recht, weil ja im Gegensatze zu § 267, wie schon erwähnt wurde, der Widerspruch des Schuldners völlig bedeutungslos ist. Die Befriedigung durch den Dritten muss nun in derselben Weise erfolgen, wie wenn der Schuldner selber leisten wollte.[1])

Daher muss der Dritte nicht nur den Betrag der eigentlichen Forderung leisten, wegen deren der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betrieb; er wird auch, da der Schuldner dem Gläubiger gegenüber, was ja Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist, im Verzuge ist, die Verzugszinsen und die sonstigen Schadensersatzforderungen des Gläubigers aus dem Verzuge[2]) falls wegen dieser gleichzeitig die Zwangsvollstreckung betrieben wurde decken müssen. Er hat ausserdem dem Gläubiger die Kosten des Verfahrens zu ersetzen. Keineswegs hat der Dritte dem Gläubiger den Betrag seiner ganzen Forderung zu leisten, wenn dieser etwa nur wegen eines Teiles derselben die Zwangsvollstreckung betrieb, sondern nur den Teil der Forderung, wegen dessen tatsächlich die Zwangsvollstreckung betrieben worden ist.[3]) Ausserdem wird in dem ja freilich gewiss seltenen Fall, dass bei Mobiliarzwangsversteigerung zwischen Zuschlag und Ablieferung abgelöst wird, der Dritte dem Gläubiger noch die Kosten zu ersetzen haben,

[1]) Vergl. Planck, Anm. 4 zu § 268.
[2]) § 288 B. G. B.
[3]) S. auch Örtmann, Anm. 4 d zu § 268, Planck Anm. 5 zu § 268.

die ihm aus dem durch den Zuschlag perfekten Vertrag mit Ersteher entstehen werden.[1])

Aus diesen Ausführungen folgt schon ohne weiteres, dass der Dritte nicht etwa das Recht hat, dem Gläubiger nur den Betrag zu leisten, den etwa der Erlös aus der Zwangsvollstreckung wahrscheinlich ergeben würde; denn abgesehen davon, dass sich doch hier nicht absehen lässt, welchen Erlös das Verfahren erzielen wird, würde eine derartige Auffassung dem Wortlaut und Sinn des § 268 widersprechen. Ebensowenig kann dem Dritten freistehen, im Falle in mehrere Gegenstände die Zwangsvollstreckung betrieben wird, während nur an einem einzigen derselben der Dritte ein dem Untergang ausgesetztes Recht hat, bezw. ihm Besitzverlust droht, dem Gläubiger den Wert des betreffenden Gegenstandes anzubieten. Erklärt sich freilich der Gläubiger mit dieser Art der Leistung einverstanden, so wäre die Forderung insoweit getilgt und die betreffende Sache würde von der Pfandhaftung frei.[2])

Den Betrag, der sich aus der Summierung der oben aufgeführten einzelnen Posten ergiebt, kann der Dritte zunächst durch Barzahlung an den Gläubiger leisten. Einen besonderen Fall bietet noch § 75 Z. V. G. Darnach kann der Dritte, falls die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück betrieben wird, auch an das Vollstreckungsgericht zahlen, um die einstweilige Einstellung des Verfahrens zu erzielen. Das Gericht ist zur Empfangnahme des Betrages verpflichtet;[3]) Befriedigung des Gläubigers tritt jedoch trotzdem erst ein, wenn die Summe vom Gericht an den Gläubiger abgeliefert ist.[4])

Abs. 2 von § 268 bestimmt nun ausdrücklich, dass die Befriedigung des Gläubigers auch durch Aufrechnung und Hinterlegung erfolgen kann.

Zunächst die Aufrechnung! Die Befriedigung des Gläubigers durch Aufrechnung kann entsprechend der durch Barzahlung ohne weiteres erfolgen. Es können jedoch die Vorschriften des

[1]) Vergl. die obigen Ausführungen. Ebenso auch Weissbart, S. 41.

[2]) Ebenso Weissbart Seite 41.

[3]) Vergl. Motive zu § 103 des 1. Entwurfs des Z. V. G.; auch Wolff, Anm. 3 zu § 75.

[4]) Vergl. Motive ebenda, Wolff Anm. 4 zu § 75.

B. G. B. über Aufrechnung nur in entsprechender Weise angewandt werden, da ja hier nicht Forderungen in Betracht kommen, die „einander geschuldet werden“ (§ 387 B. G. B.), sondern eine Forderung des Gläubigers an den Schuldner und eine Forderung des Dritten gegen den Gläubiger. Für die letztere müssen allerdings die sämtlichen Voraussetzungen der §§ 387 ff. B. G. B. vorliegen.[1]) Die Forderung des Dritten muss demnach auf eine Geldleistung gehen (sc. „gleichartig“ § 387), sie muss fällig sein und ihm gegen den betreibenden Gläubiger zustehen; sie muss ferner nach § 390 „gültig“ sein. Mit der Aufrechnungserklärung[2]) tritt dieselbe Wirkung ein, wie bei Barzahlung: der Gläubiger ist befriedigt (§ 398).

Nicht völlig der Befriedigung durch Barzahlung oder Aufrechnung in den Voraussetzungen gleichgestellt ist die Hinterlegung. Es müssen nämlich hier dieselben Einschränkungen gelten, wie für den Schuldner, der durch Hinterlegung eine Schuld tilgen will. Ebenso wie dieser durch Hinterlegung erst in dem Augenblicke befriedigen kann, in welchem der Gläubiger in Annahmeverzug gekommen ist, so auch hier der Ablösungsberechtigte; § 372 B. G. B. muss also für ihn in gleicher Weise gelten.[3]) Der Dritte kann also erst hinterlegen, wenn er den Gläubiger durch vergebliches Barangebot in Annahmeverzug gesetzt hat. Befriedigung tritt aber durch Hinterlegung nur ein, wenn der Ablösungsberechtigte nach § 378 auf die Rücknahme der hinterlegten Geldsumme verzichtet hat.

Bezüglich der Leistung des Dritten nach § 267 muss zunächst dasselbe gelten, was oben über die Barzahlung des Ablösungsberechtigten gesagt wurde. Der Dritte hat die Leistung genau so anzubieten, wie der eigentliche Schuldner.[4]) Dies ergiebt sich schon aus den Worten: „so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken.“ Eine Teilbefriedigung des Gläubigers ist daher unmöglich, wenn dieser sich nicht freiwillig zur Annahme versteht; denn auch der Schuldner ist ja nach § 266

[1]) Vergl. Planck, Anm. 5 zu § 268.

[2]) § 388 B. G. B.

[3]) Vergl. Planck Anm. 4, Staudinger Anm. 2 zu § 268.

[4]) S. auch Schollmeyer Anm. 3 b zu § 267, Planck, Anm. 2 zu § 267.

nicht zu Teilleistungen berechtigt. Der Dritte kann aber nach § 267 nur durch Zahlung befriedigen. Lehnt der Gläubiger die Leistung ab, so kommt er gegenüber dem Schuldner — nicht etwa dem Dritten gegenüber! — in Annahmeverzug.[1] Der Schuldner könnte daher jetzt hinterlegen. Dem Dritten dagegen ist die Befriedigung des Gläubigers durch Aufrechnung und Hinterlegung versagt.[2] Denn die §§ 372 ff. sprechen nur davon, dass der „Schuldner" hinterlegen kann, ebenso lässt § 387 die Aufrechnung nur zu, wenn „zwei Personen einander Leistungen schulden". Die Fälle, wo ein Dritter dem Gläubiger gegenüber aufrechnen oder hinterlegen kann, hebt das B. G. B. jedesmal ausdrücklich hervor, so in den §§ 268, 1142, 1150, 1224, 1249. Da eine entsprechende Bestimmung bei § 267 fehlt, muss hier dem Dritten Aufrechnungs- und Hinterlegungsmöglichkeit abgesprochen werden.

IV. Wirkungen der Ausübung des Ablösungsrechtes.

1. Wirkungen bezüglich der Zwangsvollstreckung.

Der Hauptzweck, den der Ablösungsberechtigte mit der Geltendmachung seines Rechtes wohl gewöhnlich im Auge hat, ist der, die Aufhebung der Zwangsvollstreckung zu erzielen, damit die Gefahr des durch sie drohenden Verlustes seines Rechts an dem Gegenstande bezw. die des Besitzverlustes an einer Sache für ihn beseitigt wird. Durch die volle Befriedigung des Gläubigers, sei es durch Barzahlung, Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme oder durch Aufrechnungserklärung wird dieser Zweck erreicht.

Die Befriedigung des Gläubigers ist tatsächlich aber noch nicht erfolgt, wenn dieser, abgesehen von der Hinterlegung nach § 378 B. G. B. oder der Aufrechnungserklärung des Dritten, die ja nach den obigen Ausführungen der Zahlung an den Gläubiger völlig gleichstehen, die Leistung noch nicht erhalten hat, obgleich der Dritte von seinem Ablösungsrechte Gebrauch machte.

[1] S. auch Planck Anm. 2, Schollmeyer Anm. 3 zu § 267.

[2] Ebenso Örtmann Anm. 6 zu § 267, Anm. 4 b zu § 268; Planck Anm. 4 zu § 267; Schollmeyer Anm. 5 zu § 267.

Das wären etwa die Fälle, dass der Gläubiger die Annahme verweigerte und dadurch in Verzug geriet (§ 293 B. G. B.), oder dass der Dritte den zur vollen Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Betrag an den Gläubiger auf der Post einzahlte, oder dass der Dritte bei Immobiliarzwangsvollstreckung die erforderliche Summe an das Vollstreckungsgericht ablieferte.

Trotzdem in diesen drei Fällen der Gläubiger also tatsächlich noch nicht befriedigt ist, führen sie doch schon verschiedene Rechtswirkungen für die Zwangsvollstreckung herbei.

Ist zunächst der Gläubiger in Annahmeverzug geraten, so ist sein Pfandrecht freilich noch nicht erloschen, denn dieses erlischt ja erst, wenn der Gläubiger tatsächlich befriedigt worden ist, er also das, was er zu fordern hatte, erhalten hat, gleichgültig ob vom Schuldner oder einem Dritten.[1]) Im Grunde genommen hat er aber mit eingetretenem Annahmeverzug keinen Anspruch mehr auf Befriedigung aus dem Erlös der gepfändeten bezw. beschlagnahmten Sachen. Allerdings wird dieser Umstand vom Vollstreckungsgericht nicht *ipso jure* in Betracht gezogen; auch kann die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 C. P. O. nicht erzwungen werden, weil der Annahmeverzug des Gläubigers hier nicht berücksichtigt ist. Dieser Umstand erklärt sich daraus, dass die Einstellung nach § 775 C. P. O. stets nur erfolgt, wenn dem Vollstreckungsgericht ein handgreiflicher Beweis vorgelegt wird, wonach alles getan ist, um den Gläubiger zu befriedigen. Ein solcher Beweis durch eine Urkunde ist beim Annahmeverzug des Gläubigers selbstverständlich ausgeschlossen, da sich der Gläubiger wohl schwerlich dazu herbeilassen wird, dem ihn in Annahmeverzug Setzenden auch noch eine schriftliche Erklärung über seine Annahmeverweigerung in die Hände zu geben. Es bleibt daher dem Schuldner überlassen, durch Klage nach § 767 C. P. O. die Aufhebung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen, deren vorläufige Einstellnng er nach § 769 C. P. O. beantragen kann.[2]) Dem Ablösungsberechtigten

[1]) Vergl. § 1253 B. G. B.

[2]) Die Klage aus § 767 muss ihm um deswillen zustehen, weil der Annahmeverzug des Gläubigers eine Einwendung gegen die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung verschafft, „welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft".

steht allerdings diese Klage nicht zu, weil nach § 767 nur der Schuldner die Klage anstellen kann; er könnte allerdings den Schuldner zur Anstellung dieser Klage selbst durch Klage zwingen. Das wäre aber ein weitläufiger Weg. Ausserdem bleibt noch der Umstand zu beachten, dass etwa der Schuldner der Zahlung durch den Dritten widersprochen hat. Für das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten bleibt ja dieser Widerspruch nach den obigen Ausführungen in § 268 bedeutungslos, gegenüber dem Schuldner wäre aber infolge des Widerspruchs der Gläubiger nicht in Annahmeverzug geraten.[1]) Der Schuldner könnte in diesem Fall auch nicht die Klage aus § 767 C. P. O. anstellen. Würde nun trotz alledem der Schuldner die Aufhebung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen versuchen, so müsste er durch die *exceptio doli generalis*[2]) des Gläubigers zurückgewiesen werden. Der Annahmeverzug des Gläubigers hat also in § 268 wenig Bedeutung, da der Dritte unmittelbar die Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht erzwingen kann.

Trotzdem kann auch schon, bevor die Befriedigung des Gläubigers faktisch eingetreten ist, der Dritte die Einstellung des Verfahrens erreichen, und zwar in den beiden anderen oben aufgeführten Fällen.

In der Immobiliarzwangsvollstreckung dadurch, dass er, wie erwähnt, den von ihm an den Gläubiger zu zahlenden Betrag dem Vollstreckungsgericht übergiebt. Dieses hat dann nach § 75 Z. V. G. die vorläufige Einstellung des Verfahrens zu verfügen. Widerspricht etwa der Gläubiger, so kann der Schuldner[3]) die Klage aus § 767 C. P. O. anstellen und auf dem Wege der einstweiligen Verfügung durch das Prozessgericht die Einstellung herbeiführen. Bei besonders dringender Gefährdung seines Rechtes oder Besitzes wird auch der Dritte die Einstellung durch Ersuchen an das Vollstreckungsgericht erreichen können, das dann die bezügliche Verfügung nach § 769 Abs. 2 C. P. O. erlassen kann. Aber auch von selbst

[1]) Vergl. auch Schollmeyer, Seite 75 (zu § 268).

[2]) Über das Bestehen dieser Einrede nach jetzigem bürgerl. Recht vergl. Enneccerus u. Lehmann Bd. 1, S. 294.

[3]) Der Dritte nicht, weil in § 767 nur der Schuldner genannt ist.

kann das Vollstreckungsgericht die Einstellung des Verfahrens trotz Widerspruchs des Gläubigers aufrecht erhalten, wenn es dessen Gründe nicht als stichhaltig ansieht.[1])

Der andere Fall, dass der Dritte den Fortgang des Verfahrens verhindern kann, ohne dass die Befriedigung des Gläubigers schon in Wirklichkeit eingetreten ist, ist derjenige, wo er den Betrag an den Gläubiger auf der Post für diesen eingezahlt hat. Auf Grund des darüber ausgestellten Postscheins kann der Ablösende sowohl für die Immobiliar- als auch Mobiliarzwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 5 C. P. O. erreichen, was er bezweckte. Denn nach dem genannten Paragraphen hat das Vollstreckungsgericht, wenn der bewusste Postschein vorgelegt wird, das Verfahren einzustellen. Sollte trotzdem auf Verlangen des Gläubigers das Verfahren fortgesetzt werden,[2]) so bleiben dieselben Rechtsbehelfe wie oben: Klage durch den Schuldner aus § 767 C. P. O. mit einstweiliger Verfügung des Prozessgerichts, oder Ersuchen durch den Dritten an das Vollstreckungsgericht nach § 769 um Einstellung. Bei Mobiliarzwangsvollstreckung kann unter Umständen auch die Beschwerde des § 766 C. P. O. gegeben sein.

Den besten Effekt erreicht der Ablösungsberechtigte aber erst mit der tatsächlichen Befriedigung des Gläubigers, und dazu stehen ihm ja verschiedene Wege offen. Bei Verweigerung der Annahme der Leistung durch den Gläubiger kann er ja den Betrag unter Verzicht auf Rücknahme hinterlegen. Mit diesem Augenblicke hat er freie Hand, denn der Gläubiger ist dadurch befriedigt. Selbstverständlich ist es für die Wirkung völlig gleich, ob die Befriedigung durch unmittelbare Barzahlung an den Gläubiger, durch Hinterlegung in der geschilderten Weise oder durch Aufrechnungserklärung erfolgt ist. Die erste Folge ist, dass nach § 362 B. G. B. das Schuldverhältnis zwischen dem Zwangsvollstreckungsgläubiger und dem Schuldner erloschen ist. Darauf basieren nun auch für die Zwangsvollstreckung die Wirkungen, die der Dritte durch seine Leistung zu erreichen suchte. Es wird ihm nun unschwer gelingen,

[1]) Vergl. Wolff, Anm. 1 zu § 75.

[2]) Die Zwangsvollstreckungsmassregeln bleiben ja nach § 776 im Fall des § 775 No. 5 einstweilen bestehen.

falls nicht schon von Amtswegen das Verfahren eingestellt wird, die definitive Einstellung zu erwirken.

Wenn der Gläubiger befriedigt ist, muss er bei Immobiliarzwangsvollstreckung den Antrag (vergl. § 15 und § 146 Z. V. G.) bei Gericht, bei Mobiliarzwangsvollstreckung den Auftrag an den Gerichtsvollzieher bezw. bei Forderungspfändung den Antrag beim Vollstreckungsgericht zurücknehmen.[1]) Freilich wird er dies nicht übermässig schnell tun, und bei Lage des Falls liegt wohl stets Gefahr im Verzuge. Jedenfalls wird die Zwangsvollstreckung von Amtswegen ohne weiteres endgültig aufgehoben, wenn die Befriedigung des Gläubigers feststeht, z. B. wenn der Gläubiger selbst die Anzeige von seiner Befriedigung macht,[2]) wie ja auch § 161 Z. V. G. bezüglich der Zwangsverwaltung ausdrücklich bestimmt: „Das Verfahren ist aufzuheben, wenn der Gläubiger befriedigt ist.“ Wenn dagegen der Gläubiger nicht selber für die Aufhebung sorgt, so kann der Dritte nur vorläufige Einstellung des Verfahrens nach § 775 Nr. 4 C. P. O. erzielen.[3]) Sollte der Gläubiger aus Chikane noch Schwierigkeiten machen, und die Zwangsvollstreckung fortgesetzt werden, so muss dasselbe gelten, wie oben. Dem Schuldner steht die Klage aus § 767 C. P. O., dem Ablösenden die Wege aus §§ 769, 766 offen: auch Feststellungsklage wird er erheben können.

Weissbart[4]) will nun, falls der Gläubiger Befriedigung durch den Dritten erlangt hat, und dieser vermittels der sonstigen auch hier aufgeführten Rechtsbehelfe der C. P. O. die definitive Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht hat erreichen können, dem Dritten auch die Klage aus § 771 C. P. O. geben.

Obgleich die schon angedeuteten Mittel vollständig zur Erreichung des vom Dritten gewünschten Erfolges genügen dürften, so ist doch der Gesichtspunkt Weissbart's nicht zu verwerfen. Dadurch, dass das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Erlöse der Zwangsvollstreckung vollständig

[1]) Vergl. Wolff, Anm. 1 zu § 75.
[2]) Vergl. Wolff, Anm. 1 c zu § 161.
[3]) Vergl. Wolff, Anm. 2 b zu § 161.
[4]) Seite 45.

weggefallen ist, hat er auch jeden Zugriff auf die gepfändeten Gegenstände verloren; sein Pfandrecht ist ja erloschen. Deshalb darf der Gegenstand, der für den Dritten wegen daran bestehender Rechte bezw. Besitzes Bedeutung hat, nicht mehr in der Zwangsvollstreckung veräussert werden. Und dieser Widerspruch gegen jede Massnahme des Vollstreckungsgerichts bezw. Gerichtsvollziehers nach eingetretener Befriedigung des Gläubigers muss daher von jedem Ablösenden geltend gemacht werden können, der ein so grosses Interesse daran hat, dass der Gegenstand dem Schuldner vorläufig erhalten bleibt. Man kann daher wohl mit Fug und Recht mit Weissbart sagen, dass der Ablösende in dieser Hinsicht ein die Veräusserung des Gegenstandes hinderndes Recht erlangt hat. Insofern wäre auch nicht abzusehen, warum ihm die Klage aus § 771 C. P. O. nicht gewährt werden sollte.

Dagegen lässt sich nicht billigen, was Weissbart über die Gewährung der Widerspruchsklage aus § 771 für den vom Ablösungsrecht Gebrauch machenden Dritten sagt, welcher durch die Zwangsvollstreckung im Besitz bedroht war. Wie dieser hinsichtlich des Ablösungsrechts dem bedrohten „Berechtigten" völlig gleichgestellt ist, so müssen ihm auch nach der durch ihn erfolgten Befriedigung des Gläubigers dieselben Mittel zur Erzwingung der Aufhebung des Verfahrens zur Verfügung stehen, wie jenem. Weissbart will bei Entscheidung der Frage, ob auch dem bedrohten Besitzer, falls er befriedigt hat, die Widerspruchsklage zustehen soll, unterscheiden, ob „die Zwangsvollstreckung selbst ihn nicht unmittelbar" verletzt, oder „der Besitz in der Zwangsvollstreckung selbst verletzt wird". (S. 44 und 45.) Nur im letzten Fall will Weissbart die Widerspruchsklage zugestehen. Diese Unterscheidung dürfte aber nicht richtig sein. Gibt man einmal dem bedrohten Besitzer das Ablösungsrecht, so muss man ihn auch in den Folgen dem ablösenden im Recht Bedrohten völlig gleichstellen. Ausserdem geht doch der Besitzverlust stets infolge der Zwangsvollstreckung vor sich; ob er sogleich erfolgt, oder nach der gesetzlichen Kündigung,[1]) ist für das Ablösungsrecht gleich-

[1]) So beim Mieter und Pächter nach dem Z. V. G.

gültig, muss es also auch für die sich daraus ergebenden Schutzmittel zur Erzwingung der Einstellung der Zwangsvollstreckung sein. Ein solcher Unterschied, wie ihn Weissbart hier noch hineintragen will, lässt sich weder aus dem Gesetz, noch aus Nützlichkeitserwägungen rechtfertigen. Durch die Ablösung hat der im Besitz Bedrohte ebenso ein Recht darauf erlangt, dass die Sache, um derentwillen er ablöste, nicht in der Zwangsvollstreckung veräussert wird, wie oben der Dritte, der den Gläubiger befriedigt, weil er ein Recht vor dem Untergang retten wollte.

2. Der rechtliche Charakter des Überganges der Forderung kraft Gesetzes.

Der Abs. 3 des § 268 bestimmt — und damit kommt man zu den Wirkungen des Ablösungsrechts hinsichtlich der Forderung des Gläubigers —, dass „die Forderung insoweit auf den Ablösenden übergeht, als er den Gläubiger befriedigt".

Die rechtliche Bedeutung dieses Überganges kraft Gesetzes bedarf zunächst der Besprechung, da hinsichtlich ihrer verschiedene Ansichten bestehen.

Planck[1] meint zunächst, „dass das Recht, den Gläubiger zu befriedigen, den Charakter eines Enteignungsrechts hat". Er scheint also den Übergang gewissermassen als Folge der Geltendmachung dieses „Enteignungsrechts" zu betrachten. Zu dieser Auffassung seiner Worte ist man umsomehr berechtigt, da Planck ebenda noch des weiteren betont, „der Dritte sei berechtigt, die Forderung des Gläubigers zu erwerben. Der Erwerb erfolge, ohne dass es einer Abtretung vonseiten des Gläubigers bedürfe, *ipso jure* durch dessen Befriedigung."

Diese Ansicht Planck's aber, dass das Ablösungsrecht des Dritten den Charakter eines Enteignungsrechts habe, ist durchaus abzuweisen; sie hat auch in der Literatur keinen Beifall gefunden.

Ihre Unrichtigkeit ergiebt sich aus dem ganzen Charakter des gewöhnlichen Enteignungsrechts. Das heutige deutsche bezw. preussische Recht lässt eine Enteignung ausser bei

[1] Anm. 6 zu § 268.

Remonten und krankem Vieh überhaupt nur bei Grundstücken stattfinden; bei Geldforderungen ist sie gänzlich ausgeschlossen. Und welches sind nach dem Preussischen Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 die Voraussetzungen für die Gewährung des Enteignungsrechts? § 1 des Gesetzes gibt darauf die Antwort, dass sie nur aus Gründen des öffentlichen Wohls statthaft ist, wenn es auch im allgemeinen gleichgültig bleibt, ob eine Behörde oder ein Privatmann das Enteignungsrecht nachsucht. Ganz anders liegen aber doch die Verhältnisse im § 268. Hier soll doch nicht Dritten das Recht zugestanden werden, den Gläubiger zu befriedigen, weil die Forderung einen Kulturfortschritt, eine zum Besten des allgemeinen Wohles zu treffende Einrichtung hindert, sondern weil der Gläubiger in Ausübung seines Forderungsrechts durch Betreiben der Zwangsvollstreckung Rechte Dritter bedroht. Ausserdem besteht doch das Wesen des § 268 nicht hauptsächlich darin, dass der Gläubiger gezwungen werden soll, seine Forderung abzutreten, sondern dass der Dritte ihn befriedigen darf, um die Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erwirken. Der Erwerb der Forderung des Gläubigers durch den Dritten infolge der Befriedigung des Gläubigers ist doch ein Gesichtspunkt, der erst in zweiter Linie in Betracht kommt, während ihn Planck als die Hauptsache hinstellt Ausserdem ist es doch sehr fraglich, ob der Ablösende überhaupt die Forderung erwerben will; denn wie weiter unten noch auszuführen ist, gibt es für § 268 Fälle, wo der Übergang der Forderung überhaupt nicht stattfindet. Es ist also unrichtig, den Zweck des § 268 dahin zu formulieren, „der Dritte sei berechtigt, die Forderung des Gläubigers zu erwerben", wie Planck es tut. § 268 betont doch selbst: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung ....., so ist jeder ..... berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen." Wäre dagegen Planck's Auffassung die richtige, zo hätte der Gesetzgeber formulieren müssen: „..... so hat jeder Dritte ... das Recht, vom Gläubiger die Abtretung seiner Forderung zu verlangen", was einen ganz andern Sinn ergeben würde. Um deswillen muss also Planck's Behauptung, das Ablösungsrecht des Dritten habe den Charakter eines Enteignungsrechts, abgelehnt werden; damit muss auch die weitere Schluss-

folgerung Planck's, der Übergang stelle sich als die Folge dieses sogenannten „Enteignungsrechts" dar, in sich zusammenfallen.[1])

Einige Ähnlichkeit mit der Planck'schen Ansicht zeigt die weiter vertretene Auffassung, dass der gesetzliche Übergang der Forderung an den Dritten sich als ein Kauf, bezw. Zwangskauf darstelle. Diese Ansicht wurde sowohl im Gemeinen als auch Preussischen Rechte vertreten, in der Literatur zum B. G. B. findet sie sich nicht. Jedoch scheinen die Motive bezüglich des Vorläufers des § 268, des § 1081 E. I (jetzt § 1150) die Auffassung als von einem Zwangskaufe gehabt zu haben, da die Motive[2]) bemerken: „immerhin aber bezweckt die Leistung in den Fällen der §§ 1081 und 1082 nicht sowohl die Tilgung einer Schuld, als vielmehr die Erwerbung einer Forderung. Das, was der Gläubiger erhält, ist nicht die dem Schuldner obliegende Leistung, sondern die Gegenleistung für die Abtretung". Mit diesen Worten widersprechen aber, wie schon Goldschmidt[3]) erkannte, die Gesetzgeber ihrer eigenen Fassung des § 1081, der doch klar und deutlich den Zweck der Bestimmung hervorhob, nämlich „durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung abzuwenden". Abgesehen davon aber kann den Worten der Motive für den § 268 keine Bedeutung zukommen, da in jenem § 1081 der Gläubiger nur verpflichtet wurde, „gegen seine Befriedigung die Forderung dem Berechtigten abzutreten", während schon durch die zweite Kommission[4]) anstelle des *beneficium cedendarum actionum* der Übergang kraft Gesetzes gesetzt wurde. Ob die zweite Kommission bei der Auffassung der Motive verblieb, kann allerdings fraglich erscheinen. Jedenfalls ist die Auffassung des Übergangs der Forderung durch *cessio legis* als eines Zwangskaufes, wie des weiteren auszuführen ist, für das B. G. B. völlig unrichtig,

[1]) Gegen Planck spricht sich auch Schollmeyer Anm. 3 zu § 268 aus.

[2]) Seite 694.

[3]) Vergl. Gutachten zum Entwurf eines B. G. B. Band III, zu § 1081.

[4]) Vergl. § 1057 des E. II.

wie auch Stammler,[1]) Matthiass[2]) und Hellmann[3]) sich dagegen äussern.

Zunächst spricht dagegen, wie schon oben angedeutet wurde, das Wesen des § 268. Der Gläubiger soll befriedigt werden, um, wie § 1081 des E. I wörtlich sagte, „die Zwangsvollstreckung abzuwenden", eine Auffassung, die trotz Wegfallens dieser Worte in § 1150 und § 268 tatsächlich nicht hat geändert werden können.[4]) Die Schuld des bisherigen Schuldners an den Gläubiger soll getilgt werden (sc. „befriedigen"). Als solche Befriedigung kann die Zahlung des Kaufpreises, als welche naturgemäss bei der Auffassung eines Zwangskaufes die Zahlung des Dritten anzusehen wäre, nicht gelten. Damit würde der Dritte eine Forderung des Gläubigers gegen ihn selbst tilgen, nicht aber die des Gläubigers gegen den Schuldner.

Ausserdem würde der Übergang der Forderung nach dem § 433 B. G. B. („Kaufvertrag") auch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Dritten, ebenso wie nach § 398 B. G. B. die Abtretungserklärung des Gläubigers voraussetzen. Keines dieser Erfordernisse kennt § 268, sie müssten also fingiert werden. Der Wille des Gläubigers kommt ja im § 268 überhaupt nicht in Frage. Durch den blossen Willen des Dritten käme demnach in Verfolg jener Ansicht, ohne dass der Gläubiger gefragt wird, während er sich sogar vielleicht gegen die Abtretung sträubt, der Vertrag zustande, und der Übergang träte ein, eine Auffassung, die dem Wesen des Kaufes, bei dem die beiderseitigen freiwilligen Willenserklärungen eine so grosse Rolle spielen, vollständig widersprechen würde.

Auch die Wirkungen des Forderungsübergangs sprechen gegen die berührte Ansicht. Läge Kauf vor, so würde der Gläubiger dem Dritten nach § 437 B. G. B. mindestens für Verität der Forderung haften. Für die Fälle des Übergangs kraft Gesetzes enthält das B. G. B. aber eine derartige Bestimmung nicht. Durch Abs. 3 Satz 2 von § 268: „Der Über-

[1]) Seite 202, b.
[2]) I, S. 459, II b.
[3]) Seite 238.
[4]) Ebenso Schollmeyer S. 77: Auch ist der Zweck der Befriedigung die Abwehr der Zwangsvollstreckung.

gang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden", wird eine derartige Haftung sogar ausdrücklich ausgeschlossen.[1] (Die ausführliche Begründung der Behauptung, dass im Fall des § 268 keine Haftung für Verität eintritt, wird unten gegeben werden.)

Aber ausser diesen theoretischen Bedenken, die gegen die Auffassung eines Kaufes sprechen, zeigt ein Blick auf ähnliche Fälle des B. G. B., wo *cessio legis* stattfindet, dass die hier bekämpfte Ansicht unrichtig ist.

Gleiches Resultat ergeben zunächst § 426 Abs. 2 und § 774. Dort tritt der Gesamtschuldner, hier der Bürge, soweit durch sie der Gläubiger befriedigt ist, in dessen Rechtsstellung ein, ersterer freilich nur, soweit er von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann. In beiden Fällen würde nun, da in ihnen der Zahlende stets wirklicher Schuldner des Gläubigers ist,[2] bei der Annahme, dass ein Forderungskauf vor sich ginge, der Zahlende dem Gläubiger die Forderung, die sich gegen ihn selbst richtet, abkaufen; eine ganz absurde Konstruktion, die das Widersinnige der ganzen Annahme zeigt.

Ähnliches ergeben § 1607 und § 1709. In diesen beiden Paragraphen sollen die gesetzlichen Ansprüche auf Unterhalt gegen einen zum Unterhalt verpflichteten Verwandten, falls nicht dieser, sondern ein anderer Verwandter den Unterhalt gewährt, auf den letzteren übergehen. § 1709 regelt den Fall besonders, dass statt des Vaters des unehelichen Kindes die Mutter oder ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter des Kindes den Unterhalt gewährt hat. Hier würde ganz besonders die Auffassung von einem dabei vor sich gehenden Kauf den gesetzlichen Bestimmungen widersprechen. Denn nach § 400 B. G. B. ist die Abtretung von Alimentenforderungen, weil sie nach § 850 Abs. 2 C. P. O. unpfändbar sind, nichtig. Nur auf dem Wege der gesetzlichen Übertragung — ohne einen durch Verkauf vermittelten Übergang — kann dieser Zwiespalt mit § 400 B. G. B. gelöst werden.

[1] Vergl. Stammler S. 202, 204, 205.

[2] Auch der Bürge ist ja Schuldner des Gläubigers! Vergl. hierzu die ausführlichen Erörterungen Ortmanns, Zahlung fr. Sch. § 3.

Ein gutes Beispiel bietet auch § 1173 B. G. B. Während bei einem Forderungskauf der Käufer vollständig in die Stellung des Gläubigers eintritt (§ 398 B. G. B.), erwirbt hier der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, welcher den Gläubiger befriedigt, nur die Hypothek an seinem Grundstück, nicht aber die an den anderen der Forderung mitverhafteten Grundstücken; bezüglich dieser erlischt die Hypothek. Auch der Satz 2 des 1. Absatzes von § 1173 kann, worauf Hellmann[1]) hinweist, zum Beweise der Unrichtigkeit der hier bekämpften Auffassung eines Kaufes herangezogen werden. Denn durch Satz 2 wird gerade der rechtsgeschäftliche Erwerb des Gläubigerrechts („wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird") der Befriedigung des Gläubigers gegenüber gestellt. Es würde also im selben Paragraphen der gleiche Rechtsgrund bezüglich des Erwerbs der Forderung zweimal behandelt sein.

Auch die Folgen der Befriedigung nach §§ 1143, 1144 B. G. B. zeigen den Gegensatz gegenüber dem Kauf deutlich, wie schon Weissbart[2]) richtig erkannte. Wenn nämlich der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem eine Hypothek ruht, den Gläubiger, ohne selbst persönlicher Schuldner zu sein, befriedigt, so hat er nach § 1144 die Wahl, ob er das Grundbuch berichtigen oder die Hypothek löschen lassen will; er kann sich vom Gläubiger gegen Befriedigung den Hypothekenbrief und die sonstigen zur Berichtigung erforderlichen Urkunden herausgeben lassen. Diese Vorschrift des § 1144 wäre völlig unnötig, wenn man nun bei § 1143 einen Kauf annimmt. Denn nach § 1153 ist die Hypothek mit der Befriedigung des Gläubigers, da ja in diesem Augenblick nach § 1143 die Forderung übergeht, auf den Eigentümer übergegangen. Dieser könnte also bereits, wie Weissbart richtig hervorhebt, von diesem Augenblicke an nach §§ 894 ff., insbesondere § 896 das Grundbuch berichtigen bezw. nach § 875 die Löschung der Hypothek bewirken lassen. Es bleibt also nur die Annahme übrig, dass sofort mit der Befriedigung des Gläubigers nach § 1143 in Verbindung mit § 1153 seine Forderung erloschen

[1]) S. 238.
[2]) S. 47.

ist, und zugleich auch seine Hypothek zu bestehen aufgehört hat, da andernfalls die Bestimmung des § 1144 völlig bedeutungslos wäre.[1])

Damit dürfte der Beweis erbracht sein, dass dem Übergang kraft Gesetzes ein Kauf nicht zugrunde liegen kann.

Fast übereinstimmend spricht sich dagegen die Literatur zum B. G. B. dahin aus, dass der Übergang kraft Gesetzes, insbesondere im Falle des § 268, „nur ein kurzer Ausdruck dafür ist, um gesetzliche Ersatzansprüche sowohl in ihrem Inhalte als auch in ihrer möglichen Durchsetzung mit einem Worte zu kennzeichnen", so Stammler.[2]) Seine Auffassung wird geteilt von Dernburg,[3]) Matthiass,[4]) Endemann,[5]) Enneccerus und Lehmann,[6]) Schollmeyer,[7]) Weissbart;[8]) wohl auch von Hellmann.[9])

Und diese Auffassung dürfte auch die richtige sein.

Zunächst würde ja, falls der Übergang kraft Gesetzes nicht einträte, der Ablösende Ersatzansprüche gegen den Schuldner nach den einschlägigen Bestimmungen des B. G. B. haben, also entweder auf Grund eines Auftrags des Schuldners, oder auf Grund eines sonstigen Kausalverhältnisses zwischen ihm und dem Schuldner, oder auf dem Wege auftragloser Geschäftsführung. Aber gerade bei *negotiarum gestio* wird sich ein Ersatzanspruch wegen § 678 sehr fragwürdig gestalten.[10]) Die Billigkeit musste daher dazu führen, dem Ablösenden zu einem Ersatz seiner Aufwendungen zu verhelfen, der der Gerechtigkeit und den allgemein zu nehmenden Rücksichten, auch auf den Schuldner, am meisten entsprach. Und hierzu bot der Übergang der bisherigen Forderung auf den Dritten den besten Weg. Der Schuldner wird dadurch ja keineswegs

[1]) Ebenso Weissbart S. 47.
[2]) S. 203.
[3]) II, S. 327.
[4]) Band I, S. 459 unter II b.
[5]) I S. 675 unter 3.
[6]) I S. 492 unter 2.
[7]) S. 77 unter 4.
[8]) S. 48.
[9]) S. 238.
[10]) Vergl. auch Stammler S. 203.

benachteiligt; denn er hat ja an seinen neuen Gläubiger nur das zu zahlen, was er seinem alten Gläubiger schuldete, und zur Schonung seines an dem von der Zwangsvollstreckung befreiten Gegenstande bestehenden Rechtes wird der neue Gläubiger auch rücksichtsvoll mit dem Schuldner verfahren. Zudem aber gibt das B. G. B. in einigen Paragraphen selbst einen Fingerzeig zur Bestätigung der hier vertretenen Ansicht. Verschiedene Paragraphen nämlich, in denen ein Übergang kraft Gesetzes sich vollzieht, bestimmen, dass der Übergang nur insoweit stattfindet, als von dem Befreiten Ersatz verlangt werden kann. So § 426 Abs. 2 für Gesamtschuldner („soweit er von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann"), für Regress gegen Mitbürgen: § 774 Abs. 2, ferner auch § 1164 („als er von dem Eigentümer . . . . Ersatz verlangen kann") und Abs. 2 von § 1173 („kann der Eigentümer . . . . Ersatz verlangen"). Dass die Bestimmung gerade bei § 268 fehlt, ist ohne Belang, denn die Grundlage ist bei allen Fällen der *cessio legis* doch dieselbe. Umsoweniger kann das Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift bei § 268 in das Gewicht fallen, da er sich ja als eine Einschiebung in den bereits fertigen Entwurf darstellte und dabei der genannte Gesichtspunkt leicht ausser acht gelassen werden konnte.

Es findet sich ferner, und auch dieser Umstand kann zugunsten der hier vertretenen Ansicht herangezogen werden, in verschiedenen andern Paragraphen des B. G. B., wo die *cessio legis* behandelt ist, die Bestimmung des Inhalts, dass Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Zahlenden bestehenden Rechtsverhältnis bezüglich der übergegangenen Forderung unberührt bleiben, so in § 774 Abs. 1, § 1143 (Verweisung auf § 774) und § 1225 (dieselbe Verweisung). Auch hier muss das Gleiche gelten, wie oben. Trotz der Nichterwähnung in § 268 hat die Bestimmung auch für diesen Paragraphen Gültigkeit, da das Wesen der *cessio legis* in allen Fällen doch dasselbe ist.[1])

Besonders durchschlagend ist aber der von Weissbart[2]) angeführte Grund, nämlich der Hinweis auf § 1164. Nach

[1]) Vergl. auch Stammler S. 204, Dernburg S. 327.

[2]) Seite 48.

diesem Paragraphen erwirkt der persönliche Gläubiger, der ja im Falle des § 1164 wegen § 1163 Abs. 2 Satz 2 nicht zugleich der Eigentümer des belasteten Grundstücks sein kann, durch die Befriedigung des Gläubigers die Hypothek, soweit er nach Satz 1 Ersatz verlangen kann. Nach § 1153 Abs. 2 besteht aber in Höhe der auf ihn übergegangenen Hypothek die Forderung. Auf der einen Seite hat also der persönliche Schuldner die Forderung des Gläubigers gegen ihn selbst getilgt, auf der andern Seite bleibt aber dieselbe Forderung gegenüber dem Hypothekengläubiger bestehen. An einen Kauf kann man hier nicht denken; es bleibt also zur Erklärung dieses Vorganges nur die oben aufgestellte Annahme übrig, dass dieser Übergang sich nur vollzieht, um dem Ablösenden einen sichern Ersatzanspruch gegen den befreiten Dritten zu gewähren.

3. Muss von dem Ablösenden bei der Befriedigung des Gläubigers ein besonderer „animus" verlangt werden, und welcher?

Wenn jemand mit Bezug auf die Forderung eines Dritten an den Gläubiger eine Zahlung leistet, so können ihn dabei verschiedene Gesichtspunkte leiten. Einmal kann er zahlen, um die Forderung des Gläubigers gegen den Dritten zu erwerben; er handelt dann *animo emendi*. Er kann aber andererseits den *animus solvendi* bei seiner Zahlung haben, d. h. die Absicht, durch seine Leistung die Befreiung des Schuldners von der Forderung des Gläubigers herbeizuführen.[1])

Diese Gesichtspunkte sollen auch zur Erläuterung des § 268 nunmehr herangezogen werden. Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass ein Dritter, wenn auch der Gläubiger schon zu seiner Befriedigung die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners betreibt, gleichwohl bei Angebot der Zahlung an den Gläubiger die Absicht haben kann, die Forderung zu erwerben, sie ihm abzukaufen. Jedoch kann dieser Gesichtspunkt für den Zweck der Forderung nach § 268 nicht in Betracht kommen. Denn will der Dritte *animo emendi*

[1]) Vergl. Örtmann, Zahlung fr. Sch. § 4.

zahlen, so muss ein entsprechender Wille des Gläubigers[1] auf Annahme des Kaufangebots vorhanden sein, da ja der Kauf einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Dritten voraussetzen würde (§ 433 B. G. B.), während in § 268 die Willensrichtung des Gläubigers überhaupt nicht in Frage kommt. Würde mit Wissen des Gläubigers in dem angenommenen Fall vom Dritten *animo emendi* gezahlt, so würde selbstverständlich kein Übergang kraft Gesetzes eintreten, sondern die Abtretung der Forderung würde sich nach § 398 B. G. B. vollziehen. Einem *animus emendi* würde auch der zweite Satz des dritten Absatzes von § 268 entgegenstehen. Denn wird die Forderung „verkauft", so haftet der Verkäufer für Verität derselben, während, wie unten noch zu zeigen ist, bei Übergang einer Forderung kraft Gesetzes eine Haftung des Gläubigers für Verität und Bonität nicht begründet wird. Im Gegenteil darf ja der Ablösende nach § 268 die Forderung nicht einmal zum Nachteil des bisherigen Gläubigers geltend machen, was dem Wesen des Kaufes doch völlig widerspricht. Ausgeschlossen ist es ja freilich nicht, dass der Dritte *animo emendi* zahlt, im Glauben, der Gläubiger sei mit einem „Verkauf" der Forderung einverstanden. In diesem Fall tritt selbstverständlich keine *cessio legis* ein, der Dritte wird vielmehr das Rechtsgeschäft wegen Irrtums nach § 119 B. G. B. anfechten können. Vermutet wird bei dem nach § 268 Ablösenden ein *animus emendi* natürlich niemals.

Dagegen erscheint es natürlich, dass bei der Zahlung im Fall des § 268 der *animus solvendi* vonseiten des Dritten gefordert werden muss. Einmal spricht dafür schon der Wortlaut des § 268, denn nach ihm ist der Dritte „berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen". Macht der Dritte also von seinem „Befriedigungs"rechte Gebrauch, so muss er auch den entsprechenden Willen haben, den Gläubiger zu befriedigen, d. h. die Schuld des Schuldners zu tilgen.[2] Die Forderung des Gläubigers an den Schuldner soll doch gerade durch die Zahlung zum Erlöschen gebracht werden, und dieses Erlöschen

[1] Vergl. Örtmann a. a. O. S. 379, letzter Absatz.

[2] Vergl. Örtmann a. a. O. S. 379: Zum Zahlen einer fremden Schuld gehört der *animus solvendi*.

tritt nach § 362 B. G. B. nur ein, wenn die „geschuldete“ Leistung an den Gläubiger bewirkt wird, mit anderen Worten, wenn (vergl. Abs. 2) zum Zwecke der Erfüllung geleistet wird.[1]) Dieser Auffassung steht die Wirkung der Leistung des Dritten im § 268, der Übergang kraft Gesetzes, nicht im Wege, denn wie sich dieser gesetzliche Übergang erklärt, ist oben genugsam erörtert worden Zeigte sich doch besonders bei dem angezogenen § 1164, dass die alte Forderung tatsächlich getilgt wurde und nur in einem anderen Gewande zu neuem Leben gelangte, nämlich als eine in besondere Form gekleidete Ersatzforderung. Und gerade bei einem persönlichen Schuldner, wie ihn § 1164 verlangt, wird man sicherlich die Tilgungsabsicht annehmen müssen. Dass neben *animus solvendi* zugleich *animus emendi,* wie oben besprochen wurde, vorliegen kann, ist nach der Natur der Dinge vollständig ausgeschlossen. Denn wenn jemand eine Forderung kaufen will, wird er wohl im Regelfalle nicht zugleich die Absicht haben, die Forderung zum Erlöschen zu bringen.[2]) Selbst wenn er die Forderung kaufen wollte, um dem Schuldner dieselbe zu schenken, tilgte er doch durch seine Zahlung an den Gläubiger - das Kaufgeld — noch nicht die Schuld des Schuldners, denn das Erlöschen tritt doch dann erst durch die Annahme der Schenkung (§ 516 B. G. B.) ein, ein Rechtsakt, der sich aber ausserhalb der Zahlung an den Gläubiger vollzieht. Und andererseits kann ja der Dritte die Forderung nicht erwerben, wenn er zahlt, um die Forderung zum Erlöschen zu bringen, also *animo solvendi.*

Dagegen muss neben dem *animus solvendi* des Dritten bei seiner Zahlung es handelt sich ja immer um Geldforderungen im § 268 noch, damit der Übergang kraft Gesetzes stattfinden kann, die Absicht beim Dritten vorhanden sein, vom Schuldner Ersatz zu verlangen; es bedarf also noch

[1]) Vergl. Dernburg a. a. O. Seite 250 unter 2, Stammler S. 225, Anfang des 1. Abschnitts.

[2]) Ebenso Örtmann a. a. O. Seite 380: „In Wahrheit hat doch derjenige, wer eine fremde Schuld bezahlt, sie damit beseitigt, kann sie also auch nicht mehr geltend machen; wer sie kaufen will, kann das oder sollte es doch nur unter Zustimmung des Gläubigers tun können.“

in letzterer Hinsicht des *animus recipiendi*. Dieses Erfordernis ergiebt sich aus der obigen Erklärung der Natur des gesetzlichen Übergangs als einer Form zur Erleichterung der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den von seinem alten Gläubiger befreiten Schuldner. Selbstverständlich ist die Zahlung rechtsgültig und der Schuldner befreit, wenn nur *animo solvendi* gezahlt wurde, im übrigen aber der Dritte nicht die Absicht hatte, vom Schuldner Ersatz zu verlangen. In diesem Falle konnte bei Zahlung *solvendi animo* das Fehlen des *animus recipiendi* auf verschiedenen Beweggründen des Dritten beruhen. Einmal konnte ihm das unterliegende Kausalverhältnis zwischen ihm und dem Schuldner einen Gedanken an Ersatz von dem Schuldner abschneiden. In dieser Hinsicht kann auf das oben Gesagte verwiesen werden; denn, wie ausgeführt, muss die Bestimmung des § 426 B. G. B. und anderer, wonach die Forderung des Gläubigers nur insoweit auf den Befriedigenden übergeht, als dieser vom befreiten Schuldner Ersatz verlangen kann, auch für § 268 gelten. Hat also der Dritte infolge seines Verhältnisses zum Schuldner keinerlei Ersatzansprüche gegen diesen, so kann auch die Forderung nicht auf ihn übergehen. Dasselbe muss aber auch gelten, wenn der Dritte zwar *solvendi animo*, aber mit Schenkungsabsicht gegen den Schuldner zahlte. Wie dort der Übergang auf den Dritten nicht stattfinden konnte, weil ihm keine Ersatzansprüche an den Schuldner gegeben sind, so auch hier beim Dritten nicht, der *solvendi animo* gegen den Gläubiger, *animo donandi* gegen den Schuldner zahlte. Ihm gegen seinen Willen eine Ersatzforderung — und nichts anderes bedeutet ja in § 268 der Übergang kraft Gesetzes — aufzudrängen, kann wohl als Absicht des Gesetzgebers nicht angenommen werden, weil eine derartige Annahme widersinnig wäre. Sehr wohl liesse sich schon nach Analogie des § 685 B. G. B. die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht folgern.[1]) Im allgemeinen wird man entsprechend der Natur des § 268 den *animus recipiendi* bei der Zahlung des Ablösenden vermuten müssen.

[1]) Schollmeyer ebenso S. 77 unter 3 (zu § 268): „Der Erwerb findet ohne Willen des Dritten statt, nur nicht wider seinen Willen."

Schollmeyer[1]) behandelt für das Preussische Landrecht zu I, 16 § 46[2]) noch den Fall, dass der Dritte, der wegen des zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses keine Ersatzansprüche gegen diesen hatte, trotzdem neben vorhandenem *animus solvendi* mit *animus recipiendi* zahlte. Er nimmt gleichwohl Übergang kraft Gesetzes an, vorausgesetzt, dass der Zahlende „bei der Zahlung seine Willensänderung kund gibt", und will dem Schuldner die *exceptio doli* geben, wenn später der Dritte die auf ihn kraft Gesetzes übergegangene Forderung geltend macht. Diese Ansicht muss entgegen Weissbart[3]) als für das B. G. B hinfällig angenommen werden. Denn da, wie schon mehrfach bemerkt, der Übergang kraft *cessio legis* auch für § 268 bei unterliegendem Kausalverhältnis zwischen Dritten und Schuldner nur insoweit stattfindet, als der Dritte vom Schuldner Ersatz verlangen kann, so tritt selbstverständlich, falls er gar keine Ersatzansprüche gegen den Schuldner hatte, der Übergang überhaupt nicht ein, gleichgültig, ob er den *animus solvendi* zum Ausdruck brachte oder nicht.

Was oben über den *animus emendi* und den *animus solvendi* gesagt wurde, muss in gleicher Weise für die Zahlung nach § 267 gelten. Schon die Motive befassen sich für den entsprechenden § 227 E. I mit dieser Frage, indem sie sich[4]) folgendermassen äussern: „Der § 227 hat zur selbstverständlichen Voraussetzung, dass der Dritte, um die Schuld zu tilgen, an den Gläubiger leistete, dass er also nicht, um dessen Forderung gegen den Schuldner zu erwerben, die Leistung bewirken will, bezw. bewirkte. Eine allgemeine Vermutung in dieser Hinsicht stellt der Entwurf nirgends auf." Diesen Worten der Motive muss unbedingt zugestimmt werden.[5]) Ausserdem muss aber Ähnliches wie für § 268 hier bezüglich

[1]) Der gesetzliche Eintritt u. s. w. Seite 45.

[2]) „Überhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Cession in die Rechte des bezahlten Gläubigers."

[3]) Seite 50.

[4]) II. Seite 33.

[5]) S. auch Schollmeyer, Anm. 3 zu § 267 unter b; Örtmann, Anm. 2 b zu § 267.

des *animus recipiendi* gelten. Ist nach dem zwischen Zahlendem und Schuldner bestehenden Kausalverhältnis eine Regressforderung gegen den Schuldner ausgeschlossen, so ist der *animus recipiendi* des Dritten völlig bedeutungslos, denn er kann ja nur nach den allgemeinen Grundsätzen Ersatz verlangen. Im angenommenen Falle würde ihm also der Schuldner wirksam Einwendungen entgegensetzen können. Hatte dagegen der Dritte als *negotiorum gestor* gezahlt, so ist wegen § 685 B.G.B. das Vorhandensein des *animus recipiendi* bei der Zahlung für ihn von grosser Wichtigkeit. Hatte er ihn nachgewiesenermassen bei der Zahlung nicht, so kann er wegen § 685 keinerlei Ersatzansprüche geltend machen. Im andern Falle kann er, wenn er bei der Leistung den *animus recipiendi* hatte, nach § 683 bezw. § 684 vom Schuldner Ersatz verlangen.

4. Der Übergang der Forderung.

Hat nun die Befriedigung des Gläubigers dergestalt bei Vorhandensein des *animus solvendi* und *animus recipiendi* seitens des Ablösenden stattgefunden, so geht die Forderung nach § 268 *ipso jure* auf diesen über. Nach § 412 B. G. B. finden auf diesen Übergang die Vorschriften der §§ 399 bis 404 und 406 bis 410, welche die Übertragung einer Forderung auf Grund Rechtsgeschäfts behandeln, entsprechende Anwendung.

Schon die §§ 399, 400 machen eine Einschränkung notwendig. Der Übergang der Forderung findet demnach nicht statt, wenn die Forderung nicht pfändbar ist,[1]) wenn die Abtretung durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner ausgeschlossen war, oder wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Wie in diesen Fällen der Ablösende Ersatz erlangt, darüber ist weiter unten zu sprechen.

Das Wichtigste aus den Bestimmungen der übrigen Paragraphen, die die Übertragung der Forderung behandeln, ist jedenfalls, dass nach § 401 mit der Forderung auch die für sie bestehenden Pfandrechte und Hypotheken sowie Bürgschaftsrechte übergehen; dasselbe Schicksal haben Vorzugs-

[1]) Vergl. §§ 850—852 C. P. O.

rechte, die für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung mit der Forderung verbunden sind (Abs. 2). Bedenklich könnte die Behauptung erscheinen, dass im Falle des § 268 auch Pfandrechte und Hypotheken übergehen, während doch § 268 das Betreiben der Zwangsvollstreckung durch einen persönlichen Gläubiger voraussetzt. Diese Bedenken wären auch begründet, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die seinem Pfandrechte unterliegende Sache wegen der durch sie gesicherten Forderung, oder die Zwangsvollstreckung in das verhypothezierte Grundstück wegen der Hypothekenforderung betrieben hätte. In diesen Fällen wäre aber für Anwendung des § 268 kein Raum gewesen, vielmehr wären dann die §§ 1150 bezw. 1249 massgebend geblieben. Jedoch kann es keinem Zweifel unterliegen, dass wegen seiner durch Faustpfand bezw. Hypothek gesicherten Forderungen der Gläubiger auch in andere, als die gerade seinem unmittelbaren Zugriff ausgesetzten Vermögensstücke des Schuldners die Zwangsvollstreckung betreiben kann, und insofern wäre er natürlich persönlicher Gläubiger. § 777 C. P. O. steht dieser Auffassung nicht entgegen, denn das Widerspruchsrecht des Schuldners besteht ja nur dann, wenn der Gläubiger das etwaige Faustpfand oder eine sonstige seinem Zurückbehaltungsrecht für die Forderung ausgesetzte bewegliche Sache im Besitze hat, und die Forderung durch den Wert dieser Sachen gedeckt ist. Besteht das Pfand- bezw. Zurückbehaltungsrecht auch noch für eine andere Forderung, so ist der Widerspruch sowieso unzulässig, wenn durch den Wert der Sache beide Forderungen nicht gedeckt sind. Ausserdem gewährt ja § 777 C. P. O. dem Schuldner nur ein Widerspruchsrecht; von Amtswegen werden solche Umstände nicht berücksichtigt. Es kann also sehr wohl § 401 B. G. B. für den Übergang kraft Gesetzes in § 268 Bedeutung haben, wenn eben der Schuldner bei der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen trotz Faustpfand- oder Rückbehaltungsrecht des Gläubigers wegen der Forderung nicht vom Widerspruchsrecht des § 777 C. P. O. Gebrauch gemacht hat.

Nach dem Wortlaute des § 401 B. G. B. gehen auch die Hypotheken auf den Ablösenden über. Besondere Vorschriften

bestehen hierfür nicht, da ja § 1154 sich nur auf den vertragsmässigen Übergang der Forderung bezieht. Für den Übergang nach § 268 muss dagegen § 1153 gelten; darnach erwirbt also der Ablösende die Hypothek im gleichen Augenblick, wo der gesetzliche Übergang der Forderung stattfindet.

Sind die Nebenrechte für die Forderung auf den Dritten übergegangen, so verlangt schon die Billigkeit, dass auch die Beweisurkunden vom Gläubiger herausgegeben werden, sowie dass er die sonst noch erforderlichen Auskünfte erteilt; ausdrücklich bestimmt wird dies im § 402 B. G. B. Der Gläubiger ist demnach verpflichtet, bei Übergang einer Hypothek auch den Hypothekenbrief auszuliefern. Nach § 403 hat der Gläubiger ferner dem Dritten, wenn dieser es verlangt, eine öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde auszustellen. Diese Bestimmung muss natürlich für § 268 eine entsprechende Änderung erleiden. Eine Abtretung der Forderung kommt ja garnicht in Frage, weil sie kraft Gesetzes übergeht. Dagegen spricht § 408 B. G. B. in Abs. 2 von einer Anerkennung des gesetzlichen Übergangs der Forderung durch den Gläubiger. § 403 wird also bezüglich § 268 dahin auszulegen sein, dass der Gläubiger verpflichtet ist, dem Dritten eine öffentlich beglaubigte Anerkennungsurkunde über den gesetzlichen Übergang der Forderung auszustellen.[1]) Wichtig ist diese Anerkennungsurkunde besonders wegen § 410, da der Schuldner an den Ablösenden nur gegen Aushändigung der Anerkennungsurkunden zu leisten braucht; ebenso wegen der Mahnung und Kündigung im selben Paragraphen, ausgenommen wenn der bisherige Gläubiger schriftlich den Schuldner von dem gesetzlichen Übergang der Forderung in Kenntnis gesetzt hat.

Weitere Wirkungen des Übergangs sind aber die, dass nach § 404 der Schuldner alle Einwendungen dem neuen Gläubiger entgegensetzen kann, die er zur Zeit des Übergangs der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger hatte, mit Ausnahme der ihm gegen diesen zustehenden höchstpersönlichen. Ungünstig für den Dritten ist auch die Bestimmung des § 406,

[1]) Vergl. auch Matthiass, Seite 460 unter 2; Planck, Anm. 1 zu § 403.

wonach der Schuldner mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung gegenüber dem neuen Gläubiger aufrechnen kann; hierbei bleibt jedoch dem neuen Gläubiger der Gegenbeweis, dass der Schuldner beim Erwerb der zu kompensierenden Forderung den Übergang kraft Gesetzes kannte, oder dass die Forderung erst nach erlangter Kenntnis und später als die übergegangene Forderung fällig geworden ist.

Wichtig ist es nun gerade wegen der §§ 407 ff. für den Ablösenden, dass er den Schuldner von dem Übergange der Forderung an ihn in Kenntnis setzt, ihm denuntiiert, um seinen guten Glauben zu zerstören. Denn andernfalls ist bei Nichtkenntnis des Schuldners von dem Übergang die etwaige spätere Leistung desselben an den bisherigen Gläubiger gültig, und eine dolose weitere Abtretung der Forderung durch den bisherigen Gläubiger dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam, wenn der Schuldner im guten Glauben an diesen dritten Gläubiger leistet.

Etwas besonderes muss natürlich für den Fall gelten, wenn der Gläubiger nur wegen eines Teiles seiner Forderung die Zwangsvollstreckung betrieben hatte, also auch nur dieser Teil durch die Befriedigung auf den Ablösenden kraft Gesetzes übergegangen war. Dass der Gläubiger in diesem Falle nach § 403 B. G. B. über den Übergang der Teilforderung dem Ablösenden auf dessen Verlangen eine Anerkennungsurkunde auszustellen hat, bedarf wohl keines Beweises. Klar ist es auch, dass der Übergang der in § 401 B. G. B. genannten Nebenrechte sich nur zum entsprechenden Teile vollzieht. Bedenken können hieraus hinsichtlich der Pfandrechte und der Hypotheken nicht entstehen; denn in Höhe der übergegangenen Forderung erlischt eben das Faustpfandrecht des alten Gläubigers an der verpfändeten Sache, und für den neuen Gläubiger entsteht in Höhe der übergegangenen Forderung ein neues Faustpfandrecht. Für Hypotheken gilt dasselbe. Dass ein Teilübergang dabei möglich ist, ergiebt schon § 1164 B. G. B., insbesondere der 2. Satz des 1. Absatzes.

Auch die Auskunftserteilungspflicht des bisherigen Gläubigers nach § 402 muss dieselbe bleiben. Schwierigkeiten

ergeben sich nur bezüglich der Herausgabe von Beweisurkunden. Da dem bisherigen Gläubiger wegen seiner Restforderung unzweifelhaft noch ein Retentionsrecht zusteht, so wird er bei Teilübergang der Forderung die Beweisurkunden nicht herauszugeben brauchen. Örtmann,[1]) Dernburg[2]) und Matthiass[3]) meinen übereinstimmend, dass der Ablösende nur eine beglaubigte Abschrift der Beweisurkunden verlangen kann, dagegen ist Planck[4]) der Ansicht, dass der Ablösende Einräumung des Mitbesitzes fordern kann, Diese letztere Ansicht dürfte nicht zu billigen sein. Offenbar stützt sich Planck bei seiner Ansicht auf § 952, wonach das Eigentum an einem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein bezw. an Hypotheken- und Grundschuldbriefen und Beweisurkunden dem Gläubiger zusteht, und nimmt wohl an, dass der Ablösende mit dem teilweisen Übergang der Forderung auch ein Recht auf teilweisen Erwerb des Eigentums an den Beweisurkunden und um deswillen Recht auf Mitbesitz habe. Diese Ansicht ist aber mit Dernburg (S. 325) abzulehnen; denn dass an diesen Urkunden ein Miteigentum bei Teilübergang der Forderung entstehen sollte, ist doch nicht anzunehmen. Bestimmt doch schon § 444 B. G. B. für den Verkauf eines Grundstücks, dass der Verkäufer die in seinem Besitz befindlichen Beweisurkunden nicht herauszugeben braucht, wenn sich ihr Inhalt auch auf andere Angelegenheiten erstreckt. Dass hier Miteigentum an den Urkunden entsteht, lässt sich nicht folgern. Ebenso also wie hier wegen des anderweitigen Inhalts der Urkunden dem bisherigen Besitzer das Retentionsrecht zusteht, muss auch dasselbe bei § 402 für den Fall gelten, dass wegen der Restforderung der bisherige Gläubiger ein Interesse an der Zurückbehaltung der Urkunden hat. In § 444 ist ein Mitbesitz ausgeschlossen, dasselbe muss für § 402 angenommen werden.

Als ganz natürlich erscheint dagegen die andere, von Örtmann und den übrigen Genannten vertretene Ansicht,

[1]) Anm. 2 b zu § 402.
[2]) II, S. 324.
[3]) I, S. 454.
[4]) Anm. 1 zu § 402.

dass der bisherige Gläubiger zur Ausstellung einer beglaubigten Abschrift verpflichtet ist. Sie entspricht den sonstigen Grundsätzen des B. G. B. Denn einen Beweis über das Bestehen der Forderung muss doch der neue Gläubiger in den Händen haben, will er sich nicht gleich Einwendungen des Schuldners bei Eintreibung der Teilforderung aussetzen; und einen derartigen Beweis gewährt ihm, falls er die Originale nicht selbst erlangen kann, eine beglaubigte Abschrift derselben.

Für Hypothekenbriefe gilt bei nur teilweisem Übergang der Hypothekenforderung die Bestimmung des § 1152 B. G. B., wonach Teilhypothekenbriefe hergestellt werden können, zu welchem Zwecke, ebenso wie zur Berichtigung des Grundbuchs nach § 896 B. G. B., der Gläubiger seinen Hypothekenbrief herauszugeben haben wird.

Im übrigen muss für den Übergang eines Teiles der Forderung dasselbe gelten, wie für den Übergang der ganzen Forderung (vergl. oben).

Auf die Zahlung des Dritten nach § 267 können natürlich die Grundsätze der §§ 399—404 und 406—410 B. G. B. keine Anwendung finden, weil ein Übergang der Forderung überhaupt nicht stattfindet. Dagegen kann der Dritte selbstverständlich Ausstellung einer Quittung nach § 368 B. G. B. beanspruchen. Die Herausgabe von Schuldscheinen und sonstigen Beweisurkunden kann er aber nicht verlangen. Einerseits hat er kein Interesse an ihnen, da ja die Forderung des Gläubigers erloschen ist; andererseits kann nur der Schuldner die Herausgabe dieser Papiere verlangen, da § 371 B. G. B. nicht auf den Dritten Anwendung finden kann, weil hier nur der Schuldner genannt ist, während § 368 bezüglich der Quittung sich ganz allgemein ausdrückt, also auch für den befriedigenden Dritten gilt.

5. Der Gläubiger haftet nicht für Verität und Bonität der übergegangenen Forderung.

Im § 437 enthält das B. G. B. die Bestimmung, dass der Verkäufer einer Forderung für den rechtlichen Bestand der Forderung haftet. Es fragt sich, ob beim gesetzlichen Übergang der Forderung nach § 268 gleichfalls eine Haftung des

Gläubigers für den Bestand der Forderung begründet ist. Diese Frage wird in der Literatur übereinstimmend verneinend beantwortet;[1] etwas zweifelhafter spricht sich Schollmeyer[2] aus, auf dessen Ansicht wohl auch die Bemerkungen Weissbarts[3] zurückzuführen sind.

Die Ansicht, dass keine Haftung des Gläubigers für Verität eintritt, dürfte zu billigen sein. § 437 B. G. B. kann um deswillen keine Anwendung finden, weil bei dem Übergang kraft Gesetzes eine „*causa solutionis* überhaupt nicht vorliegt".[4] Eine Einigung des Gläubigers und des Ablösenden, wie sie für § 437 vorliegen müsste, hat ja garnicht stattgefunden. Gleichgültig, ob er will oder nicht, wird nach § 268 der Gläubiger zur Annahme der Leistung gezwungen, und ohne sein Zutun vollzieht sich der Übergang. Um deswillen würde es ungerechtfertigt sein, ihn auch noch zur Haftung für den Bestand der Forderung zwingen zu wollen. Ausserdem aber enthält ja § 268 noch die ausdrückliche Bestimmung, dass der Übergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, was auch auf die Haftung für Verität zu beziehen ist.[5]

Trotz alledem muss aber, und darin ist Schollmeyer zuzustimmen, eine gewisse Einschränkung gemacht werden. Falls der Ablösende wegen Nichtbestehens der Forderung keinen Ersatz vom Schuldner erlangen kann, so kann er allerdings den alten Gläubiger nicht auf Schadensersatz belangen; gleichwohl wird man ihm aber die Bereicherungsklage aus § 813 B. G. B. nicht absprechen können.

Denn durch den gesetzlichen Übergang soll doch der Ablösende günstiger gestellt werden in seinem Verhältnis zum Schuldner, weil er sonst nur die Ansprüche aus der *negotiorum gestio* hätte (vergl. die obigen Ausführungen). Hätte er also

[1] Vergl. Örtmann, Anm. 5 zu § 268; Dernburg II, S. 327 unter V a; Matthiass I, S. 460; Stammler, S. 205; Scherer II, S. 470, unter 2; Neumann, Anm. 3 zu 412.

[2] Seite 78.

[3] Seite 52 und 58.

[4] Stammler Seite 205.

[5] Vergl. Stammler S. 204, Dernburg S. 327, V.

nach § 267 gezahlt, so hätte er bei Nichtbestehen der Forderung unzweifelhaft die *condictio indebiti* gegen den Gläubiger gehabt. Nun aber ist nach § 268 zur Verstärkung der Ersatzansprüche des Dritten der Übergang der Forderung kraft Gesetzes eingetreten. Soll er durch diesen Umstand, der ihn doch gerade günstiger stellen soll bezüglich seiner Ersatzansprüche, dem Gläubiger gegenüber in eine schlechtere Stellung kommen? Das konnte doch unmöglich die Absicht des Gesetzgebers sein! Ausserdem ist hier nicht der Übergang kraft Gesetzes die Quelle der Bereicherungsklage, sondern die Befriedigung des Gläubigers. Gegenüber der *condictio indebiti* könnte sich daher der Gläubiger nicht auf den Passus des § 268 berufen[1]: „Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden." Wenn daher auch auszusprechen ist, dass wegen Nichtbestandes der Forderung der Gläubiger nicht auf Schadensersatz belangt werden kann, so kann er doch der Bereicherungsklage des Ablösenden nicht standhalten.

Dagegen ist eine Haftung des Gläubigers für Bonität der Forderung, wie allgemein in der Literatur zugegeben wird,[2] gänzlich ausgeschlossen Haftet schon der Käufer nach § 438 B. G. B. nur dann für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, wenn er die Garantie dafür ausdrücklich übernommen hat, umsoviel weniger der Gläubiger in § 268, wo von einer Willensäusserung seinerseits gar keine Rede ist, wo sich der Übergang ohne sein Zutun, ja selbst gegen seinen Willen vollzieht.

Entsprechendes gilt für die Befriedigung des Gläubigers nach § 267. Eine allgemeine Haftung des Gläubigers für Verität und Bonität besteht nicht, weil ihm ja die Forderung nicht „abgekauft", sondern dieselbe von einem Dritten getilgt wird. Bestand die Forderung aber nicht, so wäre der Gläubiger ungerechtfertigt bereichert, und in diesem Falle kann der Dritte gleichfalls die *condictio indebiti* nach §§ 812, 813 B. G. B. anstrengen.[3]

[1] Vergl. auch Schollmeyer S. 78.

[2] Vergl. die oben zitierten Autoren a. a. O.

[3] Vergl. für das Gemeine Recht, wo es allerdings streitig war, ob der Schuldner oder der zahlende Dritte die *condicti indebitio* hatte, Örtmann (Zahlung fr. Sch.), § 15 a.

6. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.

Es wurde schon mehrfach bei der Erörterung der Wirkungen des geltend gemachten Ablösungsrechts die Bestimmung des § 268 eswähnt, dass der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann; sie findet sich im letzten Satze des § 268.

Die Bestimmung hat hauptsächlich für zwei Fälle besondere Bedeutung. Einmal für den Übergang der Nebenrechte auf den Ablösenden und die Verpflichtung des Gläubigers zur Herausgabe von Urkunden bezw. zur Auskunftserteilung, andererseits für die eigentliche Geltendmachung des Übergangs der Forderung durch den Ablösenden.

Über die Pflichten des Gläubigers nach § 401 und 402 B. G. B. ist schon oben gesprochen worden; die dortigen Bestimmungen leiden aber besondere Einschränkungen durch den oben zitierten Satz des § 268.

Zunächst § 401! Es sollen nach diesem Paragraphen mit der Forderung auch die etwa für sie bestehenden Hypotheken oder Pfandrechte sowie Bürgschaftsrechte auf den Ablösenden übergehen. Besteht nun die Hypothek bezw. das Faustpfand auch noch für andere Forderungen des Gläubigers, so können sie nicht so ohne weiteres vom Ablösenden erworben werden. Vielmehr wird sich in diesen Fällen der Gläubiger stets auf die zu seinen Gunsten gegebene Vorschrift des § 268 berufen können, wird daher die Herausgabe des Faustpfandes mit Recht ablehnen. Bezüglich der Hypotheken ist ja nach § 1151 B. G. B. eine Teilung möglich. Ist daher nur ein Teil der Forderung des Gläubigers vom Dritten getilgt worden, etwa weil jener nur wegen dieses Teils die Zwangsvollstreckung betrieb, so geht, wie schon oben gesagt, nur dieser Teil über, aber auch ein entsprechender Teil der Hypothek, worüber nach § 1152 Teilhypothekenbriefe ausgestellt werden können. Auf jeden Fall muss aber der Ablösende mit seiner Teilhypothek hinter der des Gläubigers rangieren, da sonst die genannte Bestimmung des § 268 verletzt würde. Auch hinsichtlich der Bürgschaftsrechte geht selbstverständlich der alte Gläubiger vor.[1])

[1]) Vergl. auch Schollmeyer S. 78 zu § 268.

Nach § 402 B. G. B. hat der Gläubiger dem Ablösenden auch die Beweisurkunden herauszugeben. Unter Berufung auf den schon mehrfach genannten Satz von § 268 wird der Gläubiger auch die Herausgabe von Beweisurkunden verweigern können, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Zurückbehaltung hat.[1]) (Von dem Fall, dass nur Teilbefriedigung stattgefunden hat, und der Gläubiger wegen des ihm verbleibenden Teils der Forderung die Urkunden zurückbehält, wozu er nach den obigen Ausführungen auf Seite 90 ff. berechtigt ist, wird hier abgesehen.) Dasselbe muss bezüglich der Auskunftserteilung gelten, wenn der Gläubiger durch seine Mitteilungen sich selbst Nachteile bereiten würde, etwa Geschäftsgeheimnisse preisgeben müsste.[2])

Besonders gross wird aber das Anwendungsgebiet des letzten Satzes von § 268 sein, wenn der Ablösende nun seinerseits die übergegangene Forderung gegen den Schuldner einzutreiben sucht und dabei in Kollision mit Interessen des alten Gläubigers gerät. Nicht richtig ist es, wenn Weissbart[3]) behauptet, dass das „Vollstreckungsgericht von Amtswegen den Vorrang des nicht getilgten Teils vor dem Teil der Schuld zu beachten hat, der durch die Befriedigung des Gläubigers dem Dritten zugefallen ist", wenn jemand durch die Ablösung einen Teil der hypothekarisch gesicherten Forderung erlangt hat und deshalb die Zwangsvollstreckung betreibt. Gegen Weissbarts Ansicht ist folgendes zu bemerken. Zunächst hat es ja der alte Gläubiger völlig in der Hand, den Vorrang seiner Restforderung vor dem auf den Ablösenden übergegangenen Teil der Forderung durch Eintragung in das Grundbuch zu wahren. Insofern würde natürlich der Vorrang auch von Amtswegen beachtet. War eine derartige Eintragung in das Grundbuch nicht erfolgt, so hat auch das Vollstreckungsgericht keinen Anlass, noch besondere Erhebungen darüber anzustellen, wessen Teilforderung der Vorzug gebührt, umsoweniger, da ja unter Umständen durch Vertrag mit dem alten Gläubiger der

[1]) Vergl. hierzu Dernburg a. a. O. S. 327 unter V 5; Stammler Seite 205.

[2]) Vergl. ebenda.

[3]) a. a. O. Seite 53.

Ablösende den Vorrang erhalten haben kann. Ausserdem ist die Fassung des Satzes in § 268 nicht derartig, dass er ein Eingreifen von Amtswegen rechtfertige; im Gegenteil wird dem alten Gläubiger gegebenenfalls nur ein Widerspruchsrecht gewährt, das ihn auf immer zum Ziele führen wird.[1])

In derartigen Kollisionsfällen muss also der alte Gläubiger sein Recht selber geltend machen. Es wird hauptsächlich an folgende Fälle zu denken sein (vergl. auch den obigen Fall gegen Weissbart):

Ein Grundstück, an dem der Ablösende durch die Befriedigung des Gläubigers eine Hypothek erworben hat, war wegen einer anderen nachstehenden Forderung dem Gläubiger gleichfalls verhypotheziert. Der Ablösende betreibt nun wegen der auf ihn übergegangenen vorstehenden Hypothek die Zwangsversteigerung in das Grundstück, aber der unter den augenblicklichen Verhältnissen zu erwartende Erlös der Versteigerung würde die nachstehende Hypothek des alten Gläubigers nicht decken können. In diesem Fall könnte der alte Gläubiger der Subhastation entgegentreten und unter Berufung auf den letzten Satz von § 268 den Dritten zwingen, den Versteigerungsantrag zurückzunehmen.[2])

Oder aber der Dritte droht bei Teilübergang der Forderung ohne Rücksicht auf das vorgehende Recht des alten Gläubigers seine Forderung vom Schuldner einzutreiben, so dass dieser infolgedessen in Zahlungsunfähigkeit geraten würde. Auch hier könnte der alte Gläubiger Einspruch erheben, da er durch Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in Gefahr kommen würde, wegen seiner Restforderung unbefriedigt zu bleiben.[3])

Ein fernerer Fall wäre der, dass der Dritte durch die Befriedigung ein Pfandrecht an einer Sache erlangt hat, an der dem alten Gläubiger noch ein weiteres und zwar nachstehendes Pfandrecht zusteht. Dann könnte der Dritte von seinem vorgehenden Pfandrecht nicht Gebrauch machen, wenn er dadurch dem abgelösten Gläubiger Schaden verursachen

[1]) Vergl. auch Schollmeyer S. 78, 79.
[2]) Vergl. auch Schollmeyer S. 78.
[3]) Vergl. auch Stammler S. 205.

würde. Andernfalls könnte auch hier der alte Gläubiger sich auf die bezügliche Bestimmung des § 268 berufen.[1])

Diese Beispiele dürften genügen, um die Fälle zu charakterisieren, in denen der abgelöste Gläubiger zwecks Verhütung ihm drohender Nachteile der Geltendmachung von durch die Befriedigung übergegangenen Forderungen entgegentreten kann. Sollte aber der Gläubiger eine derartige Benachteiligung seiner Rechtsstellung nicht haben verhindern können, so kann es nicht zweifelhaft sein, dass er wegen des ihm entstandenen Schadens sich an den Dritten halten kann, und zwar entweder auf Grund des § 823 B. G. B., da ja der Dritte ein Recht des Gläubigers verletzt hat, oder vermittels des § 812. Letzterer Paragraph dürfte insbesondere dann anzuwenden sein, wenn der Dritte durch Geltendmachung seines nachstehenden Rechts dem Gläubiger einen Ausfall seiner Forderung, und zwar ohne *dolus* oder *culpa* verursacht hat.[2])

7. Sonstige Ersatzansprüche des Ablösenden neben der gesetzlich übergegangenen Forderung.

Es zeigte sich oben, dass trotz der Befriedigung des Gläubigers ein Übergang der Forderung auf den Ablösenden ausgeschlossen war, wenn nämlich der Fall der §§ 399 und 400 B. G. B. vorlag. In solchen Fällen muss dem Ablösenden nach den allgemeinen Grundsätzen, sofern nicht der Zahlung ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Schuldner zugrunde lag, ein Ersatzanspruch als *negotiorum gestor* nach den §§ 683, 684 B. G. B. zustehen.

Wie aber, wenn die Forderung kraft Gesetzes mit der Befriedigung des Gläubigers auf den Ablösenden übergegangen ist, soll er dann allein auf die Ersatzansprüche, die ihm die Geltendmachung der übergegangenen Forderung gewährt, beschränkt sein? Diese Frage wird mit Recht allgemein in der Literatur verneinend beantwortet.[3]) Im Gegenteil sollen nach

[1]) Vergl. auch Schollmeyer S. 78.

[2]) S. auch Stammler S. 205, Schollmeyer S. 79.

[3]) Vergl. Dernburg, B. G. B. II, S. 327 unter IV, 1. Absatz; Matthiass S. 459, Stammler S. 203, 204.

den angeführten Autoren die gewöhnlichen Ersatzansprüche und die übergegangene Forderung nebeneinander bestehen. Und das ist völlig gerechtfertigt. Denn ohne den gesetzlichen Übergang der Forderung würde der Ablösende auf den gewöhnlichen Weg der Regressnahme als *negotiorum gestor* verwiesen sein. Der gesetzliche Übergang der Forderung, der eine erleichterte Form des Ersatzes bieten soll (vergl. oben), soll ihm nur eine günstigere Stellung schaffen. Würde aber der Ablösende durch Geltendmachung der Geschäftsführungsklage mehr Erfolg erreichen, so ist nicht abzusehen, warum er nicht eher diese Ansprüche statt der übergegangenen Forderung geltend machen sollte. Der Ablösende wird daher beide Klagen nebeneinander anstellen können, je nach Wahl, welche ihn günstiger stellt, und das wird unter Umständen die Klage auf Ersatz der Verwendungen als *negotiorum gestor* sein. Denn auf diesem Wege würde er auch seine sonstigen Aufwendungen, die er abgesehen von der an den Gläubiger gezahlten Geldsumme hat machen müssen, ersetzt verlangen können.

Hat nun der Ablösende *donandi animo* zugunsten des Schuldners bezahlt, so ist die Forderung des Gläubigers nach den früheren Ausführungen erloschen, und der gesetzliche Übergang nicht eingetreten. Der Ablösende hat aber auch im übrigen keine Regressforderungen, wenn der Schuldner die Schenkung annimmt.[1]) Verweigert dagegen der Schuldner die Annahme der Schenkung, so kann auch § 685 B. G. B. nicht verhindern, dass der Ablösende auf Herausgabe der Bereicherung nach § 812 gegen den Schuldner klagt, da der Ablösende die etwaige Einwendung, er habe nach § 685 keinen Anspruch, mit der *replicatio doli* zurückweisen kann.

Konnte aber auf Grund des unterliegenden Rechtsverhältnisses zwischen dem Schuldner und ihm der zahlende Dritte keinen Ersatzanspruch gegen den Schuldner erheben, so war ja nach den früheren Ausführungen trotz eines etwaigen *animus recipiendi* der gesetzliche Übergang der Forderung auf den Zahlenden nicht eingetreten.

Ferner ist noch der Fall denkbar, dass der Ablösende auf Grund der unterliegenden *causa*, etwa wegen Mandats die

[1]) Vergl. über die Annahmebedürftigkeit § 516 B. G. B.

Zahlung geleistet hat. In diesem Fall stehen wiederum beide Ansprüche nebeneinander. Doch ist Weissbart[1] zuzustimmen, wenn er ausführt, dass „die Geltendmachung der übergegangenen Forderung insoweit ausgeschlossen sein muss, als sie dem bestehenden Verhältnisse zuwiderlaufen würde". Diese Auffassung erklärt sich aus dem Wesen des Auftrags, denn nach § 667 muss der Beauftragte alles, was er aus der Geschäftsführung erlangt, dem Auftraggeber herausgeben. Diese Bestimmung muss allerdings bezüglich des Ablösungsrechts die Modifikation erleiden, dass der Beauftragte gleichwohl die übergegangene Forderung geltend machen kann, da sie ja der Verstärkung seiner Ersatzansprüche dient, aber nur in der Höhe, als er für die Ausführung des Auftrags nach § 670 B. G. B. Ersatz verlangen kann.

Da nun in allen den bezüglichen Fällen beiderlei Ansprüche, sowohl die aus der übergegangenen Forderung, als auch die sonstigen Ersatzansprüche nebeneinander hergehen, so ist es selbstverständlich, dass mit der Befriedigung des einen Anspruchs durch den Schuldner auch der andere soweit erlischt, als er den ersten nicht übersteigt. Infolgedessen werden auch beide Ansprüche nur gemeinsam abgetreten werden können, da sie einer gemeinsamen Wurzel, der Befriedigung, entspringen und gewissermassen zwei Obligationen auf dasselbe Ziel bilden. Ist die eine getilgt, so ist es auch die andere bis auf den etwaigen überschiessenden Betrag. Sind also beide Ansprüche in verschiedene Hände übergegangen, und der eine Gläubiger erlangt Befriedigung, so ist auch die andere Forderung in gleicher Höhe erloschen.

V. Verhältnis des Ablösungsrechts aus § 268 zur gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden.

Schon die bisherige Darstellung bot Gelegenheit, bei den einschlägigen Stellen sowohl bezüglich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen die Verschiedenheiten hervorzuheben, die zwischen dem Ablösungsrecht des § 268 und der gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden nach § 267 bestehen. Diese

[1] Seite 60.

gegenseitigen Abweichungen, die die Betrachtung der beiden Rechtsinstitute erkennen lässt, sollen nun im Zusammenhang noch einmal in Kürze vorgeführt werden.

Wesentlich verschieden ist zunächst der Zeitpunkt, in welchem das Ablösungsrecht nach § 268 geltend gemacht werden kann, von dem, wo nach § 267 ein Dritter für den eigentlichen Schuldner leisten kann. § 268 setzt die Einleitung der Zwangsvollstreckung voraus, die nach den früheren Ausführungen bei der Immobiliarzwangsvollstreckung mit dem Eröffnungsbeschluss des Gerichts, bei der Mobiliarzwangsvollstreckung mit der Pfändung der Sachen durch den Gerichtsvollzieher, bezw. bei Forderungen mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner erfolgt. Anders in § 267. Eine bestimmte Vorschrift bezüglich des Zeitpunktes besteht nicht; sie ergiebt sich aber aus dem Wesen der Sache. Zwangsmassregeln gegen den Schuldner sind auf keinen Fall vorausgesetzt, vielmehr muss hier der Dritte dem Gläubiger die Leistung anbieten können, sobald der Schuldner selbst leistungsberechtigt ist. Wann das der Fall ist, lässt sich nicht mit einem Worte sagen, das einzelne Schuldverhältnis muss entscheiden; eine Auslegungsregel bietet aber § 271 B. G. B. Ist das Schuldverhältnis von der Art des Abs. 1, d. h. Zeit der Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so wird der Dritte schon, sobald das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner zum Entstehen gekommen ist, die Leistung anbieten können. Ist dagegen ein Zeitpunkt für die Leistung verabredet worden, so wird nach Abs. 2 des genannten Paragraphen der Dritte wiederum sofort nach Vertragsschluss zwischen Schuldner und Gläubiger dem letzteren die Leistung anbieten können. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass der Gläubiger nach § 299 B. G. B. im letzten Falle die Leistung, ohne in Annahmeverzug zu geraten, ablehnen kann, wenn er vorübergehend an der Annahme verhindert ist. Aber auch hiergegen wird sich der Dritte schützen können, indem er angemessene Zeit vorher dem Gläubiger ankündigt, dass er leisten will (2. Teil von § 299). Der früheste Augenblick für die Zahlung Dritter nach § 267 ist demgemäss die Perfektion des Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner.

Auch in der Dauer der Ausübung des Ablösungsrechts einerseits und der Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten nach § 267 andererseits zeigt sich ein wesentlicher Unterschied, der sich aus dem Vorhergehenden ergiebt. Nach § 268 ist das Ablösungsrecht überhaupt nur in der Zwangsvollstreckung gegeben, es erlischt also mit dem Ende der Zwangsvollstreckung, öfters jedoch aus den Gründen, die gegebenen Orts oben erwähnt wurden, schon früher. Es musste auch während der Dauer der Zwangsvollstreckung schon erlöschen, wenn der Gläubiger befriedigt wurde, sei es vom Schuldner oder von einem Dritten. Dieser letztere Zeitpunkt ist der für § 267 allein entscheidende. Sowie der Gläubiger das, was ihm gebührt, empfangen hat, ist seine Forderung getilgt und kann er von einem Dritten keine Leistung mehr annehmen. Dieser Zeitpunkt kann daher viel später, als bei § 268 liegen; auch nach der Aufhebung der Zwangsvollstreckung, falls diese etwa ohne völlige Befriedigung des Gläubigers endete, würde der Dritte nach § 267 für den eigentlichen Schuldner die Leistung bewirken können.

Die Beweisführung im ersten Teile der Abhandlung, darunter der Vergleich mit den §§ 1150 und 1249 ergab, dass nach § 268 der Gläubiger stets persönlicher Gläubiger sein, und eine Geldforderung der Zwangsvollstreckung zugrunde liegen muss, dass daher der Ablösende in Geld zu leisten hat. Eine derartige Beschränkung besteht für § 267 nicht. Allerdings enthält sein Einleitungssatz: „hat der Schuldner nicht in Person zu leisten“, eine gewisse Begrenzung der Forderungen, die überhaupt möglicherweise von einem Dritten erfüllt werden können. Prinzip ist jedenfalls, dass alle Leistungen, die der Schuldner an den Gläubiger zu verrichten hat, auch von einem Dritten erfüllt werden können. Nur in den Fällen, wo durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner die Leistung durch Dritte ausgeschlossen ist — eine Abrede, die übrigens im Gegensatze zu § 267 für § 268 völlig bedeutungslos ist — und wo eine solche Leistung durch Dritte von Natur unmöglich ist, kann der Dritte nicht leisten. Fälle letzterer Art finden sich präsumtiv in den §§ 613, 664, 691 und 713 B. G. B.

Der Umstand, dass nach § 268 auch eine entgegenstehende Abrede zwischen Gläubiger und Schuldner nicht die Befriedigung des Gläubigers durch den Dritten hindert, deutete schon auf einen Kernpunkt, in dem sich eine weitere Verschiedenheit der beiden Paragraphen zeigt. Denn während § 268 dem Dritten ein wahres, durch keinen Widerspruch des Gläubigers oder Schuldners zu hinderndes Ablösungsrecht gibt, kann der Dritte nach § 267 den Gläubiger niemals zur Annahme der Leistung zwingen, und spielt der Widerspruch des Schuldners gleichfalls eine grosse Rolle. Es steht völlig im Belieben des Gläubigers, ob er die Leistung annehmen will, oder nicht. Nur eine Folge hat die Nichtannahme der gehörig angebotenen Leistung durch den Gläubiger: er gerät in Annahmeverzug, aber gegenüber dem Schuldner. Hat jedoch der Schuldner der Leistung widersprochen, so ist der Annahmeverzug nicht eingetreten. Der Widerspruch des Schuldners hat aber, falls trotzdem Annahme der Leistung erfolgt, noch eine Wirkung, auf die unten zurückzukommen ist.

Aus dem Umstande, dass nach § 268 der Dritte ein Recht hat, den Gläubiger zu befriedigen, während in § 267 nur „auch ein Dritter die Leistung bewirken kann", ergiebt sich aber auch folgendes. In § 268 kann, was dessen zweiter Absatz zur Hebung von Zweifeln noch ausdrücklich bestimmt, der Dritte auch durch Aufrechnung, und bei Annahmeverzug des Gläubigers auch durch Hinterlegung befriedigen, während dies mangels ähnlicher Bestimmung für § 267 völlig ausgeschlossen ist, da gegen seinen Willen der Gläubiger die Leistung des Dritten hier nicht anzunehmen braucht. In Nachteile dem Dritten gegenüber gerät er durch Ablehnung niemals, sondern nur gegenüber dem Schuldner, ausser wenn dieser selbst mit der Ablehnung einverstanden war.[1])

Unter Umständen kann ferner nach § 268 der Fall eintreten, dass der Gläubiger Teilzahlung vom Dritten annehmen muss, nämlich wenn er die Zwangsvollstreckung nur wegen dieses Teils seiner Forderung betrieb. Gänzlich ausgeschlossen ist etwas derartiges bei § 267. Hier kann der Dritte sich nur

[1]) S. auch Örtmann, Anm. 4 zu § 267; Schollmeyer, Anm. 3 zu § 267.

zur Tilgung der ganzen Forderung erbieten, widrigenfalls der Gläubiger, ohne in Annahmeverzug gegenüber dem Schuldner zu geraten, ablehnen kann. Für beide Paragraphen muss aber selbstverständlich gelten, dass der Gläubiger Teilzahlung unter allen Umständen annehmen kann, wenn er will. Für § 268 ist dieser Fall allerdings bei Immobiliarzwangsvollstreckung nur schwer denkbar, da dann wegen des Restes seiner Forderung der Gläubiger immer noch die Zwangsvollstreckung weiter betreiben könnte; dagegen dürfte der Fall schon eher bei der Mobiliarzwangsvollstreckung vorkommen, wenn zum Beispiel der Gläubiger mehrere Gegenstände hat pfänden lassen, und der Ablösende nur an der Freigabe einer Sache Interesse hat.

Den grössten Gegensatz zeigen aber beide Paragraphen hinsichtlich der Wirkungen der Leistung des Dritten. Während in § 268 die Folge des Ablösungsrechts ist, dass die Forderung des Gläubigers an den Schuldner durch *cessio legis* auf den zahlenden Dritten übergeht, fehlt eine derartige Bestimmung gänzlich bei § 267. Hier muss die der Leistung zu Grunde liegende *causa* die Entscheidung abgeben, ob und welche Ersatzansprüche des Dritten gegen den befreiten Schuldner begründet sind. Hatte der Schuldner der Leistung des Dritten nicht widersprochen, so wird dieser, falls er ohne Auftrag handelte, als *negotiorum gestor* nach § 683 B. G. B. sich vom Schuldner Ersatz holen können; hatte er als Beauftragter gehandelt, so wird er nach § 670 B. G. B. Regress gegen den Schuldner nehmen können. Hatte dagegen der Dritte gegen den ausgesprochenen Willen des Schuldners geleistet, so kann er auch als *negotiorum gestor* nicht Ersatz verlangen, sondern wird den Schuldner nur auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung belangen können (§ 684 B. G. B.) Hier zeigt sich für § 267 wiederum das Wesen des Widerspruchs des Schuldners gegen die Leistung durch den Dritten, während es für den Forderungsübergang nach § 268 ganz bedeutungslos ist, ob der Schuldner der Ablösung widersprochen hatte, oder nicht.

Diese Verschiedenheiten, die zwischen den beiden §§ 267 und 268 hervortreten, begründen sich aus der Verschiedenheit ihres Wesens und ihres Zweckes. § 267 will dem Schuldner die Erleichterungen gewähren, die er irgendwie erreichen kann. Dem Gläubiger muss es vollständig gleichgültig bleiben, von

wem er seine Leistung erhält, wenn er sie nur zur richtigen Zeit und so bekommt, wie er sie verlangen kann, vorausgesetzt, dass nicht persönliche Leistungen des Schuldners in Frage kommen. Ein solches uneingeschränktes Eingriffsrecht Dritter in fremde Schuldverhältnisse konnte der Gesetzgeber auch nicht ohne weiteres zulassen, daher schuf er dem Schuldner, was für das Gemeine Recht sehr bestritten war, das Widerspruchsrecht, um es in seine Hand zu legen, ob er die Leistung durch Dritte dulden will, oder nicht. Denn unter Umständen können seine Interessen durch solches Eingreifen Dritter ganz gewaltig geschädigt werden.[1]) Ein Beispiel für alle: der Schuldner konnte gegenüber dem Gläubiger kompensieren, was ihm umso angenehmer war, weil der Gläubiger ein schlechter Zahler war, während er den leistenden Dritten bar entschädigen muss und seine Forderung an den Gläubiger bei dessen demnächst eintretenden Zahlungsunfähigkeit verliert. § 267 muss daher als zu Gunsten des Schuldners gegeben angesehen werden. Durch § 268 sollen dagegen Rechte bezw. der Besitz Dritter, die durch die Zwangsvollstreckung der Gefahr des Untergangs ausgesetzt sind, nach Möglichkeit geschützt werden. Das Interesse des Schuldners kommt hier weiter garnicht in Betracht. Und weil nun die Rechte des Dritten an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung indirekt durch den Schuldner in die Gefahr gebracht worden sind, so müssen auch hier auf ihn die Ansprüche des Gläubigers, die er getilgt hat, ohne weiteres übergehen, damit er sich auf die leichteste Art von dem Schuldner Ersatz holen kann. Ein solches Bedürfnis war bei § 267 nicht vorhanden, denn dort handelt der Dritte aus freien Stücken, ihm droht keine Gefahr, er schützt keine eigenen berechtigten Interessen.

Jedenfalls kann man mit der Regelung, die die Zahlung fremder Schulden im B. G. B. gefunden hat, zufrieden sein: die früheren Streitfragen sind in glücklicher Weise gelöst, und die Neuschaffung des § 268 bedeutet gegenüber dem früher so streitigen Rechtszustand ein Gewinn, der mit Genugtuung zu begrüssen ist.

[1]) Vergl. Örtmann, Zahlung fr. Sch., § 21, insbesondere S. 485 oben.

Literaturverzeichnis.

1. Achilles, A. Begründung des Entwurfs eines Reichsgesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1888 und 1889.
2. Berner. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1898.
3. Best, Dr. G. Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neueren bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich.
4. Biermann. Sachenrecht im Kommentar zum B. G. B. (vergl. No. 41). Berlin 1898.
5. Binding. Die Normen und ihre Übertretung. Band 1. Leipzig 1890.
6. Buchka, Dr. G. Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. D. R. und des Gemeinen Rechts. Berlin 1898.
7. Bunsen, F. Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. 2.—3. Band. Rostock 1897—1898.
8. Cosack, Konrad. Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Band. Jena 1897. 2. Band 1899.
9. Dernburg. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. III. Band. Halle 1898. II. Band, Halle 1899.
10. Dernburg. Pandekten. 1. Band 1896, 2. Band 1897.
11. Deybeck, Dr. jur. Grundzüge des Hypothekenrechts nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für d. d. R. in „Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts". 34. Jahrgang. Berlin 1890.
12. Endemann, Dr. F. Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. Band I, 1899. Band II, 1899.
13. Enneccerus u. Lehmann. Das bürgerliche Recht. Marburg 1898.
14. Fischer u. Henle. Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. München 1899.
15. Fischer. Das Verfahren der Zwangsvollstreckung nach dem Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Berlin 1900.
16. Förster, F. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuss. Privatrechts. 1. Band. Berlin 1869.
17. Gaupp. Civilprozessordnung für das Deutsche Reich. 1898.
18. Gruchot, Dr. J. A. Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem Deutschen Rechte. Berlin 1871.

19. Günther, J. Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1899—1900.
20. Hachenburg, Dr. Max. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. Mannheim 1899.
21. Herz, Wilhelm. Die Zahlung einer fremden Schuld, Rostocker Inauguraldissertation. Berlin 1894.
22. Henle, W. Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. München 1897.
23. Hartmann, G. Die Obligation. Erlangen 1875.
24. Hellmann Zur Literatur des bürgerlichen Gesetzbuchs, in Kritische Vierteljahrsschrift. Band 41. S. 203 ff.
25. Jaeckel, Dr. P. Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Berlin 1897.
26. Johow. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. D. R. Berlin 1880.
27. Johow. Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1888.
28. Kronecker. Beitrag zur Lehre von der Geldstrafe, in Goltdammers Archiv. Band 28.
29. Kuhlenbeck, Dr. L. Das bürgerliche Gesetzbuch. 1. Band. Berlin 1898.
30. Lehmann. Bezahlung der Geldstrafe als Begünstigung der Straftat. Goltdammers Archiv. Band 19. S. 784 ff.
31. v. Liczt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1891.
32. Matthiass. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Band. 1899.
33. Matthiass. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band. 1900.
34. Maas, Dr G. Bibliographie des bürgerlichen Rechts, im Archiv für bürgerliches Recht. 17. Band. Berlin 1899.
35. Meyer. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1895.
36. Meyssner, Dr. J. Das Recht der Schuldverhältnisse, im Kommentar zum 2. Buch des B. G. B. Breslau 1898.
37. Mugdan, B. Die gesamten Materialien zum B. G. B. Band 2 und 3. Berlin 1899.
38. Neumann, Dr. Hugo. Handausgabe des B. G. B. 2. Lieferung 1898.
39. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1897.
40. Oppenhoff. Das Strafgesetzbuch f. d. D. R. Berlin 1896.
41. Örtmann, Prof. Dr. Paul. Das Recht der Schuldverhältnisse im Kommentar zum B. G. B., herausgegeben von Biermann, Frommhold, Gareis, Hubrich, Niedner, Örtmann.
42. Örtmann, Dr. Paul. Die Zahlung fremder Schulden, im Archiv für d. civilistische Praxis. 82. Band. 3. Heft. 1894.
43. Planck, G. Bürgerliches Gesetzbuch, in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Unzner. 2. Buch. 1898.
44. Planck, G. Lehrbuch des Civilprozessrechts. II. Band. München 1896.
45. Raff Ist Zahlung einer Geldstrafe für einen Anderen Begünstigung? Erlanger Inauguraldissertation. München 1892.

46. Regely, Arthur. Das *jus offerendi* in alter und neuer Zeit. Inauguraldissertation. Berlin 1893.
47. Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung; mit Materialien. Berlin, Heymanns Verlag. 1897.
48. Ruer, Otto. Die sog. *cessio legis* im G. R. und im B. G. B. Rostocker Inauguraldissertation. Berlin 1900.
49. Rubo. Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. D. R. Berlin 1879.
50. v. Sarwey. Civilprozessordnung f. d. D. R. Berlin 1879.
51. Scherer, Dr. M. Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. II. Buch des B. G. B., §§ 241—853. Erlangen 1899. Sachenrecht, Band III. Erlangen 1900.
52. Schollmeyer, Dr. F. Recht der Schuldverhältnisse im Kommentar zum B. G. B., bearbeitet von Hölder, Schollmeyer, Fischer, Heymann, Schmidt, Habicht, Schulze. 1899.
53. Schollmeyer, Dr. F. Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers. Halle 1877.
54. Seuffert, Dr. F. Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts im Entwurf eines B. G. B. Berlin 1899.
55. Seuffert. Civilprozessordnung f. d. D. R. Nördlingen 1879 u. 1896.
56. v. Staudinger, Dr. J. Kommentar zum B. G. B., Sachenrecht. 1900.
57. Stammler, Dr. R. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
58. Struckmann u. Koch. Civilprozessordnung f. d. D. R. 1900.
59. Sydow u. Busch. Civilprozessordnung. Berlin 1898.
60. Weissbart, J. Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 B. G. B. Inauguraldissertation. Würzburg 1899.
61. Weyl, Dr. R. Vorträge über das B. G. B. für Praktiker. München 1898.
62. Wolff, Th. Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1899.
63. Wilmowsky u. Levy. Civilprozessordnung. Berlin 1895.
64. Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurf eines B. G. B., gefertigt im Reichsjustizamt. 1890.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Der Standpunkt des Gemeinen Rechts zur Ablösung. Entstehungsgeschichte des § 268 B. G. B. 3

II. Voraussetzungen des Ablösungsrechts:

1. Der Begriff „Gläubiger", insbesondere die Beschaffenheit seiner Forderung 8
2. Was ist Zwangsvollstreckung? Fällt darunter im Falle des § 268 auch der Arrest? 16
3. Der Begriff „betreiben" 21
4. Was ist unter „Gegenstand" zu verstehen? 37
5. Was bedeutet „Gefahr laufen"? 40
6. Abgesehen von den im Besitz Bedrohten haben nur dinglich Berechtigte das Ablösungsrecht 43
7. Durch die Immobiliarzwangsvollstreckung bedrohte Rechte 45
8. Durch die Mobiliarzwangsvollstreckung bedrohte Rechte 56
9. Was bedeutet Besitzverlust? 58
10. Zusammentreffen mehrerer Ablösungsberechtigter . . 63

III. Ausübung des Ablösungsrechts 65

IV. Wirkungen der Ausübung des Ablösungsrechts:

1. Wirkungen bezüglich der Zwangsvollstreckung . . . 68
2. Der rechtliche Charakter des Überganges der Forderung kraft Gesetzes 74
3. Muss von dem Ablösenden bei der Befriedigung des Gläubigers ein besonderer „*animus*" verlangt werden, und welcher? 82
4. Der Übergang der Forderung 87
5. Der Gläubiger haftet nicht für Verität und Bonität der übergegangenen Forderung 92
6. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden 95
7. Sonstige Ersatzansprüche des Ablösenden neben der gesetzlich übergegangenen Forderung 98

V. Verhältnis des Ablösungsrechts aus § 268 zur gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden 100

Literaturverzeichnis 107